



David Jorge Magalhães Marques

A EVOLUÇÃO DA PROTECÇÃO DO ARRENDATÁRIO

Tese de Doutoramento em Direito, no ramo de Ciências Jurídico-Históricas,
orientada pelo Senhor Professor Doutor António Alberto Vieira Cura e apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Setembro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

David Jorge Magalhães Marques

A EVOLUÇÃO DA PROTECÇÃO DO ARRENDATÁRIO

Tese de Doutoramento em Direito, no ramo de Ciências Jurídico-Históricas, orientada
pelo Senhor Professor Doutor António Alberto Vieira Cura e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Setembro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ABREVIATURAS

ABGB – *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie.*

AcP – *Archiv für die civilistische Praxis.*

ADB – *Allgemeine Deutsche Biographie.*

AG – *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”.*

ALR – *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten.*

BAS. – *Basilicorum Libri LX.*

BFDUC – *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra).*

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch.*

BIDR – *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano.*

C. – *Codex Iustinianus.*

Clem. – *Clementis Papae V. Constitutiones.*

CMBC – *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis.*

C.Th. – *Codex Theodosianus.*

D. – *Iustiniani Digesta.*

ED – *Enciclopedia del Diritto.*

GAIUS – *Gai Institutionum Commentarii Quattuor.*

HRG – *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.*

I. – *Iustiniani Institutiones.*

Isid. – *Isidori Hispalensis episcopi etymologiarum sive originvm libri XX.*

itp. – *interpolado.*

LABEO – *Labeo. Rassegna di Diritto Romano.*

N. – *Iustiniani Novellae.*

NDI – *Novissimo Digesto Italiano.*

NRHDFE – *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger.*

OA – *Ordenações Afonsinas.*

OF – *Ordenações Filipinas.*

OM – *Ordenações Manuelinas.*

P.S. – *Sententiarum receptorum libri quinque qui vulgo Iulio Paulo adhuc tribuntur.*

Quaderni Fiorentini – *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno.*

RHDFE – Revue Historique de Droit Français et Étranger.

RIDA – Revue Internationale des Droits de l' Antiquité.

RIDC – Rivista Internazionale di Diritto Comune.

Seuffert's Archiv – J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Recueil Sirey – Recueil Général des Lois et des Arrêts en Matière Civile, Criminelle, Administrative et de Droit Publique; fondée par J.-B. Sirey.

RIDROM – Revista Internacional de Derecho Romano (Derecho Romano, Tradición Romanística y Ciencias Histórico-Jurídicas)

SZG – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung.

SZK – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung.

SZR – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.

TR – The Legal History Review / Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d' Histoire du Droit.

ULP. – *Tituli XXVIII Ex Corpore Ulpiani.*

X. – *Decretalium D. Gregorii Papae IX. Compilatio.*

INTRODUÇÃO

Entendido como a defesa do seu direito à permanência nas dependências locadas, o conceito de “protecção do arrendatário” não suscita qualquer perplexidade no século XXI. O arrendatário tem, actualmente, o direito ao cumprimento *in natura* do gozo do prédio e à respectiva execução específica, pode defender-se através dos meios possessórios, não está sujeito a uma extinção ilícita do contrato e a sua posição é oponível aos adquirentes do imóvel¹.

Portanto, a existência ou, pelo menos, a possibilidade de uma “protecção do arrendatário” é facilmente apreensível à luz dos quadros jurídicos actuais. Mas o estudo da sua evolução – que implica um ponto de partida e outro de chegada – pode implicar dificuldades adicionais.

A origem da locação, conforme hoje a concebemos (arts. 1022º e ss. do Código Civil), é a locação de coisa (*locatio conductio rei*) do direito romano, um contrato do *ius gentium*, consensual, bilateral e oneroso “*em que o locator se obriga a proporcionar ao conductor o gozo temporário duma res mediante uma retribuição (merces)*”². E, na verdade, o *ius romanum* não conhecia aquilo que há pouco descrevemos como sendo a protecção do arrendatário. A utilização da dogmática actual no estudo do direito romano é, todavia, uma orientação metodológica legítima e firmada, sendo reconhecida a sua utilidade, desde que dentro do respeito escrupuloso pelas fontes (isto é, sem a integração de supostas lacunas ou a correcção da sistematização realizada pelos jurisconsultos romanos)³.

Adoptando essa orientação (e aplicando-a, ainda, ao exame do chamado direito intermédio), propomos-nos analisar não apenas exegética mas também comparativamente o que no direito romano e na tradição romanista⁴ correspondeu à

¹ Identificando deste modo os pontos capitais da protecção do arrendatário, KLAUS GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen*, Verlag W. Kohlhammer, Estugarda/Berlim/Colónia/Mogúncia, 1972, pp. 15 e ss.. Ver, também, UDO WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main, 1984.

² Cf. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *A Locatio-Conductio Rei (Direito Romano)*, in BFDUC, vol. LXXVIII, 2002, p. 17.

³ Seguimos, por todos, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Mora Debitoris no Direito Romano Clássico (Contributo Para o Seu Estudo)*, Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Lisboa, 2011, pp. 28 e ss..

⁴ A matéria permite, aliás, uma ilustração das várias correntes que foram construindo a supervivência do direito romano (sobre o sentido da expressão, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*, 4ª edição, Coimbra, 1984, pp. 88 e ss., e *infra* II.1.1.1).

actual “protecção do arrendatário”, ou seja, o desenvolvimento daqueles quatro vectores fundamentais da relação contratual de arrendamento.

Não se pretende um tratamento global da *locatio conductio*⁵ e nem sequer da *locatio conductio rei*. Apenas incidiremos sobre as referidas matérias, pois são elas que sobretudo interessam ao objectivo de dilucidar o que tem sido na nossa cultura jurídica a “protecção do arrendatário”.

⁵ O que foi feito em data recente por PAUL DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Brill, Leiden/Boston, 2012, e, entre nós, por ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO: cf., além da obra já citada sobre a locação de coisa, *Locatio Conductio Operis*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 1023 e ss., e *O Contrato de Trabalho no Direito Romano*, in “ARS IVDICANDI - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves”, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 775 e ss..

I. A PROTECÇÃO DO ARRENDATÁRIO NO DIREITO ROMANO

1. A não realização coactiva da prestação do locador: o direito a uma indemnização por mero equivalente como resultado do exercício da *actio conducti*

Se o *locator* não cumprisse a obrigação de proporcionar o gozo da *res*, reconhecida-se ao *conductor* o direito de reagir através da *actio conducti*, como decorre de várias fontes que chegaram até nós, nomeadamente D.19,2,15 pr.-1, D.19,2,15,8, D.19,2,24,4 e C.4,65,15⁶.

Assim, D.19,2,15 pr.-1 previam a actuação *ex conducto* quando não fossem cumpridas as obrigações de entrega total ou parcial da coisa e de proceder a reparações: “*Ex conducto actio conductori datur (...) Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur*”.

D.19,2,15,8 adstringia o proprietário ao pagamento de uma indemnização pelos danos causados por já ter locado a *res* a outrem ou por se tratar de *res* alheia (o que levava a uma não prestação do gozo): “*Plane si forte dominus frui non patiat, vel cum ipse locasset vel cum alius alienum vel quasi procurator vel quasi suum, quod interest praestabitur: et ita Proculus in procuratore respondit*”.

Por seu turno, segundo D.19,2,24,4, se não fosse proporcionado o gozo da *res* nos termos convencionados, ou o proprietário (ou alguém que este poderia impedir) proibiu o uso, o locatário podia lançar mão da *actio conducti*: “*Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest*”.

Em C.4,65,15 previa-se o direito de o *conductor* lançar mão da *actio conducti* se fosse ilicitamente expulso pelo locador, exigindo o pagamento da pena eventualmente

⁶ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 21; IMRE MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione del Contratto e il Problema dell' Esistenza del Diritto di Disdetta nella «Locatio conductio»*, in LABEO, 1986, pp. 301-302.

convencionada: “*Si fundo a locatore expulsa es, agere ex conducto potes poenamque, quam praestari rupta conventionis fide placuit, exigere ac retinere potes*”.

Como se conclui dos textos citados, o locatário não podia exigir o gozo contratualmente estabelecido, mas apenas a condenação do locador ao pagamento de uma indemnização por mero equivalente.

Com efeito, na época clássica, com o sistema processual das fórmulas (*agere per formulas*)⁷, a condenação de qualquer devedor pelo não cumprimento da obrigação era sempre em dinheiro, como resultava de GAIUS 4,48 (“*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*”⁸), texto que plasmava a regra *omnis condemnatio pecuniaria*⁹. Medidas executivas como a apreensão de bens (nas obrigações de *dare* e de *tradere*) ou constrangimentos da pessoa (para as obrigações de *facere*) não correspondiam ao entendimento romano da liberdade pessoal¹⁰.

⁷ No *agere per formulas* (introduzido legislativamente pela *lex Aebutia de formulis*, de cerca de 130 a.C.), o processo civil romano, no seguimento do velho sistema das *legis actiones* que caracterizou a época arcaica, dividia-se em duas fases: a fase *in iure*, presidida pelo magistrado, que concedia ou denegava a *actio* pedida pelo demandante; e a fase *apud iudicem*, na qual o juiz privado, em obediência ao determinado pelo magistrado na fórmula, condenava ou absolvía o demandado, consoante fossem provados, ou não, os factos alegados pelas partes. Desse modo, o magistrado fixava (por escrito) os termos do litígio na fórmula, que tinha como partes ordinárias a *intentio* (em que se apresentava o pleito de acordo com a pretensão do demandante) e a *condemnatio* (na qual se estabelecia que o juiz absolvía ou condenava o demandando). Cf., por exemplo, ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I. Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos Direitos)*, 5ª edição, STVDIA IVRIDICA, nº 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 267-268 e 307 e ss., especialmente 311 e ss.

⁸ Assim, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit. p. 316, ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª edição, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 120, MAX KASER/KARL HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1996, pp. 315-316 e 372, HERMANN DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, in SZR, 1961, p. 278, KÁROLY VISKY, *Quelques Remarques sur la Thèse Ipsam Rem Condemnare et ses Rapports Économiques*, in RIDA, 1972, pp. 469-470, REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd/C. H. Beck, Cidade do Cabo/Munique, reimpressão, 1992, pp. 771-772 e 825, WILHELM RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang im Schuldverhältnis*, in “Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag”, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, pp. 941-942, e VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 253, nota 533.

⁹ Cf., ainda, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 772, e *The Civil Law in European Codes*, in HECTOR L. MACQUEEN/ANTONI VAQUER/SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, “Regional Private Laws and Codification in Europe”, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 47-48; MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1971, p. 499, e *Das Römische Privatrecht*, II, *Die Nachklassischen Entwicklungen*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1975, p. 343, e KARIN NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung*, in AcP, 1993, p. 538.

¹⁰ Cf. KARL FRIEDERICH FERDINAND SENTENIS, *Was ist Gegenstand der Klagen aus Obligationibus ad faciendum überhaupt und der actio emti im Besondern, d. i. worauf sind diese nach heutigem Rechte zu richten, wie ist die Verurtheilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken?*, in “Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß”, 1838, pp. 75-76. Vd., também, RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., pp. 948-949.

Verificou-se uma mudança no âmbito do sistema processual da *cognitio extra ordinem*, que marcou a época pós-clássica, sendo possível, então, condenar o devedor à realização da prestação, o que advinha, designadamente, de o magistrado controlar todas as fases processuais e já não se limitar a ordenar ao juiz (um privado, aliás) a condenação ou absolvição do demandado, como no *agere per formulas*¹¹. Neste sentido, podem ser compulsados exemplos de execução forçada da prestação presentes nas fontes, designadamente C.3,34,5 (o magistrado provincial poderia fazer voltar ao primitivo estado a construção violadora da servidão: “*praeses provinciae revocare ad pristinam formam (...) curabit*”) e C.3,37,2 pr. (o magistrado ordenava a restituição do que indevidamente tivesse sido entregue em penhor)¹².

Os dois factores estariam certamente interligados: à medida que deixava de dar resposta aos problemas suscitados pela diminuição do valor da moeda, o sistema formular definhava (até ao ponto da sua revogação – C.2,57,1, de 342¹³) e a *cognitio impunha-se*¹⁴. “*Da parte de un Impero che tenta di diffendersi dalla crisi del III secolo attraverso l’accentuazione del centralismo burocratico, la «cognitio» rappresenta un potente mezzo di controllo, tanto più efficace in quanto dotato di meccanismi autoritari diretti ad assicurari manu militari l’esecuzione della sentenza*”¹⁵.

Entende KASER¹⁶ que, fruto desta evolução, o direito justinianeu consagrou uma solução oposta à clássica, com o dever de o juiz, sempre que fosse possível, condenar em quantia ou em coisa certa – I.4,6,32: “*Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est*”.

É uma visão que suscita reservas. No âmbito da *rei vindicatio*, D. 6,1,68, texto da autoria de ULPIANUS, contém a regra contrária à da condenação pecuniária,

¹¹ Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 772, KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 343, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 21, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 407, e, especialmente, KASER/HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 495-496 e 512, e VISKY, *Quelques Remarques*, cit., pp. 475 e ss..

Sobre a *cognitio*, “*novo processo que se apoia no imperium do magistrado, que verifica se os factos alegados são verdadeiros e dá a respectiva sentença*”, cf., por exemplo, SANTOS JUSTO, *últ. ob. cit.*, p. 268, e, com desenvolvimento, pp. 388 e ss..

¹² “*Si probatum fuerit praesidi provinciae fratrem tuum vineas communes pignori dedisse, cum partem tuam, quam in vineis habes, creditori obligare non potuerit, praeses provinciae restitui tibi eam iubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua percepit*”.

¹³ “*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*”: total abolição das fórmulas jurídicas, que perseguiriam todos os actos com as suas sílabas insidiosas.

¹⁴ Neste sentido, VISKY, *Quelques Remarques*, cit., pp. 491-492.

¹⁵ Transcreve-se ANGELA ROMANO, *Condanna «In Ipsam Rem» e Condanna Pecuniaria nella Storia del Processo Romano*, in LABEO, 1982, p. 149.

¹⁶ KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 343 e ss.; KASER/HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 609-610.

determinando-se a execução “*manu militari officio iudicis*” das ordens de restituição de uma *res*: “*Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, dammandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet*”.

É evidente que o texto não é o original de ULPIANUS, que o terá escrito cerca de 50 anos depois de GAIUS¹⁷. Para KASER/HACKL, por exemplo, ocorreu interpolação justinianeia (“*manu militari*”)¹⁸. WINKEL argumenta, porém, com base nas razões gerais de contestação de conjecturas interpolacionistas, que se trata de uma alteração textual pós-clássica: uma mudança de tal envergadura não é crível no curto tempo disponibilizado aos compiladores¹⁹.

Na verdade, à luz do Digesto (e não obstante exceções como D.3,3,35,3²⁰ e D.4,8,3,1²¹), a disciplina da realização coactiva das obrigações de *facere*²² manteve

¹⁷ LAURENS WINKEL, *Specific Performance in Roman Law*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, p. 11.

¹⁸ *Das Römische Zivilprozessrecht*, p. 626, nota 25. Semelhantemente, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 279-280, e NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 539, nota 43.

¹⁹ *Specific Performance*, cit., p. 12.

²⁰ “*Defendere autem est id facere quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debet durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeterquam in satisdando. Praeter satisdationem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat. Unde quaesitum est apud Iulianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi. Et Iulianus scribit libro tertio digestorum compellendum accipere iudicium: nisi et agendum causa cognita recusaverit vel ex iusta causa remotus fuerit. Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiat, cum quis damni infecti satis vel legatorum desideret,”: segundo IULIANUS, o procurador que aceitara o processo podia ser compelido a essa aceitação, não sendo suficientes as consequências pelo não cumprimento da *stipulatio* de defesa do negócio.*

²¹ “*Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum quod studeret lites finire, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit implet?”: o árbitro que aceitara decidir o litígio podia ser compelido pelo pretor a fazê-lo, para não defraudar aqueles que o tinham escolhido por confiarem que se tratava de um homem bom e, inclusivamente, lhe haviam dado a conhecer os pormenores da causa. Estavam subjacentes especiais*

fidelidade ao figurino clássico da *condemnatio pecuniaria*, como atesta, com evidente carácter geral, D.42,1,13,1: “*Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*”. Portanto, segundo a parte final do texto, “... quem não fez o que prometeu, seja condenado em quantia monetária certa, como acontece com todas as obrigações de fazer”²³.

E o mesmo se pode expor quanto às obrigações de *praestare*, das quais a mais importante era a de proceder à *traditio* da *res* vendida²⁴, ou seja, a transferência da sua posse livre e pacífica, como decorre, por exemplo, de D.19,1,11,8 (“*ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio*”) e de D.19,4,1 pr. (“*venditori sufficit (...) possessionem tradere*”)²⁵.

Se o vendedor não cumprisse a obrigação de entrega da coisa, o comprador poderia intentar uma *actio empti*, na qual pediria a indemnização dos danos causados, como expressamente prescrevia D.19,1,1 pr. (“*Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur...*”), o que correspondia a uma consagração clara da *condemnatio pecuniaria*²⁶, seguindo-se a disciplina das *obligationes faciendi*²⁷. A transferência *manu*

considerações de equidade, visíveis na pergunta retórica que encerra o parágrafo: quem podia negar que era muito justo que o pretor se devia interpor para que fosse cumprido o encargo?

²² O objecto (ou conteúdo) da *obligatio* podia consistir em *dare* (constituição ou transferência de um direito real), *facere* (realização de uma actividade que não se confunda com *dare*, podendo ser um *non facere*, isto é, uma abstenção) e *praestare* (que se identifica com *dare* e *facere*, mas apontando especialmente a assunção da garantia de uma obrigação). Veja-se a tripartição constante de GAIUS 4,2 e de D.44,7,3 pr., bem como a equiparação entre *facere* e *non facere* em D.50,16,189 (“*Facere oportere et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret ne fiat*”). Ainda que abreviadamente, seguimos ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, 4ª edição, STVDIA IVRIDICA, nº 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 12-13, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1997, pp. 19 e 58, e VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 297, nota 614. Cf., *infra*, I.3.1.1.

²³ Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 282; VISKY, *Quelques Remarques*, cit., p. 474; GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 21, nota 3; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 773; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 539; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 407.

²⁴ Sobre *praestare* com o sentido de garantia de um resultado, como em D.19,1,11,7 (“*Venditorem, etiamsi ignorans vendiderit, fugitivum non esse praestare emptori oportere Neratius ait*”: “*Disse Neratius que o vendedor deve garantir que o escravo não é fugitivo, ainda que o ignore*”), cf., por exemplo, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 489.

²⁵ Cf., v.g., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 54, e ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 78-79.

²⁶ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 282; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 539.

militari estava, assim, afastada, o que é corroborado por C.4,49,4, de 290 (: “*Si traditio rei venditae iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*”), que estabelecia, perante a não entrega da coisa vendida por leviandade do vendedor, que o magistrado provincial deveria estimar os danos sofridos pelo comprador.

Em suma, no direito justiniano, só as obrigações de *dare* e de *restituere* estavam sujeitas a um regime geral de execução específica (D.6,1,68)²⁸. O que demonstra que nunca foi intuito de Justiniano afastar a condenação pecuniária, a não ser que se presuma uma completa e altamente improvável ineptidão dos compiladores, que incluíram na obra final um texto como D.42,1,13,1²⁹. Sabemos hoje, após a (re)descoberta das Instituições de GAIUS, em 1816, que ele é tributário do direito clássico e a sua permanência prova que a *condemnatio pecuniaria* nunca foi abolida (ou, na mais benigna das hipóteses, Justiniano a ela retornou em grande medida)³⁰.

Uma reconstrução de todo este contexto palingenésico permite inferir que a versão que nos chegou de D.6,1,68 não é, de facto, fruto de interpolação operada por Triboniano e seus pares (que alegadamente queriam consagrar a execução específica como regra geral), mas resultou de alteração pós-clássica motivada pelas condições económico-sociais próprias da época (que já apontámos), *maxime* uma acelerada desvalorização monetária³¹. Por isso, o fragmento foi acolhido no *Corpus* juntamente com outras disposições que indicam uma continuação da regra da *condemnatio pecuniaria*.

Acrescente-se que a *constitutio* de Justiniano que se pode apontar como o mais notório indício de um regime de condenação em espécie é C.7,4,17 (de 530), em que o Imperador criticava com ferocidade um juiz (considerado *stultum*!³²) por não ter ordenado a entrega de um escravo pelo herdeiro ao legatário, mas, ao invés, ter

²⁷ Nas palavras de SEBASTIÃO CRUZ, *Conteúdo das Obligationes de Dar: Dare vel Dari, aut Dare et Dari?*, in “Homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz”, BFDUC, 1982, p. 997: “*tradere é um facere*”.

²⁸ Cf., por todos, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 282-283, e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 773.

²⁹ WINKEL, ob. cit., p. 17.

³⁰ Vejam-se também as considerações de HALLEBEEK, na introdução a *The Right to Specific Performance - The Historical Development*, cit., p. 3, e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 773.

³¹ WINKEL, *Specific Performance*, cit, p. 16.

³² C.7,4,17,2: “... *iudicem ita esse stultum putamus*...”.

condenado o herdeiro ao pagamento do valor estimado³³. Tratava-se, contudo, de um legado através do qual o *servus* alcançaria a liberdade (“*Cum quidam servum suum ita legavit, ut legatarius libertatem ei imponat...*”), o que nos remete para a defesa do *favor libertatis*, assunto que surge com insistência nos vinte e quatro primeiros títulos do sétimo livro do *Codex*³⁴. A pena que era cominada ao herdeiro que assim se comportasse (quatro vezes o valor das despesas do legatário)³⁵ inculca que estavam em causa considerações relativas à liberdade dos escravos.

Outros exemplos apontados por KASER/HACKL como sinal de um afastamento da condenação pecuniária também são objecto de fundadas dúvidas³⁶.

Assim, afirmava-se em C.7,45,14 que o juiz podia condenar em *facere* e em *dare* (“*ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare*”), mas nada mais adiantava sobre a execução da sentença, nem fornece qualquer elemento que permita entrever uma derrogação de D.42,1,13,1 para além dos casos excepcionais expressamente previstos no *Corpus Iuris Civilis*.

Mesmo I.4,6,32, ao prescrever uma “*certae pecuniae vel rei sententiam*”, não fechava a porta a uma *aestimatio* monetária da segunda alternativa. E, ousamos acrescentar, a condenação à entrega de uma coisa poderia referir-se, somente, às obrigações de *dare* e de *restituere*, em consonância com D.6,1,68.

Deste excurso podemos concluir que o direito romano nunca constrangeu o locador a proporcionar o uso ou a fruição da coisa: o conteúdo da sua obrigação de *praestare* (recorde-se D.19,2,15 pr.-1)³⁷ era entendido como um puro comportamento pessoal, ainda que incidente sobre uma *res*, pelo que o *conductor* não lhe poderia exigir mais do que uma indemnização por equivalente³⁸. Como pertinentemente nota DU

³³ C.7,4,17,1: “*Talem itaque altercationem resecentes miramur, quare iudex, qui praepositus est in praedicta causa, non omnimodo condemnationem in servum, sed in aestimationem eius fecerat, cum ipsius vitium etiam huiusmodi altercationi praebuit ocasionem*”.

³⁴ Neste sentido, WINKEL, *Specific Performance*, cit., p. 14.

³⁵ C.7,14,17,2: “*... omnes expensas, quas legatarius in litem fecit, in quadruplum ei condemnari...*”.

³⁶ Pertinentemente levantadas, com mais desenvolvimentos, por WINKEL, *Specific Performance*, cit., pp. 15-16.

³⁷ Sobre o gozo da *res* a cargo do locador como um *praestare* e a responsabilidade implicada pelo não cumprimento, cf. RICCARDO CARDILLI, *L'Obbligazione di «Praestare» e la Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano (II Sec. A.C. - II Sec. D.C)*, Giuffrè Editore, Milão, 1995, p. 235.

³⁸ Como concluem KARL ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethen*, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1866, p. 45, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 21, e ADELA LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum (La Venta de la Cosa Arrendada en Derecho Romano)*, Edisofer, Madrid, 1996, pp. 85 e 136 (embora com referência ao processo formular). Discorda-se, assim, de GERHARD WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Hermann Böhlau Nachfolger,

PLESSIS, a própria terminologia *praestare frui licere* presente naquele texto tinha sido um reflexo da *condemnatio pecuniaria* prevista na fórmula da *actio conducti*³⁹.

Segundo GENIUS, este é um dos traços do tratamento menos favorável do locatário no direito romano⁴⁰, o que tão-só será rigoroso numa comparação com o que mais tarde viria a prevalecer, pois, como vimos, a solução acabava por ser um reflexo das regras gerais⁴¹ e não um benefício oferecido ao locador.

Weimar, 1949, pp. 99-100, que, segundo nos parece, pressupõe uma regra de condenação em espécie a partir dos séculos II e III, abrangente da prestação do locador.

³⁹ DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, cit., pp. 139-140 (argumento vale, como é evidente, para o direito clássico).

⁴⁰ *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 15-16 e 38.

⁴¹ Como GENIUS, *ob. cit.*, p. 21, não deixa de reconhecer: “*Diese Regelung ist an sich die normale*”. Cf., igualmente, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 378, nota 247.

2. O locatário como simples detentor

2.1 – Direito clássico

Se o *locator* cumprisse a sua obrigação de proporcionar o gozo livre e pacífico da *res*, entregando-a ao *conductor*, este passaria a ter o seu domínio material, nos termos convencionados.

Todavia, não era possuidor da coisa, como expressamente se afirmava na parte final de D.43,26,6,2 (“*colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident*”)⁴², mas mero detentor, apesar de as fontes não usarem em regra as expressões *detinere* ou *tenere* no que a ele respeita (com exceções como D.43,16,1,22 – “*Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere...*”⁴³ – e C.7,30,1), sendo a “detenção” um conceito de elaboração posterior⁴⁴.

No direito clássico, a *possessio civilis* dependia de uma *iusta causa possessionis*, que consistia no título⁴⁵ que legitimava a aquisição da propriedade da *res* por *usucapio*, como, v.g., a compra (*pro emptore*), a doação (*pro donato*), o legado (*pro legato*), o dote (*pro dote*), o cumprimento de uma obrigação que implicasse a transferência da propriedade de uma *res* (*pro soluto*), a ocupação de coisa abandonada (*pro derelicto*) ou a apropriação de coisa pertencente a uma herança jacente (*pro herede*)⁴⁶. Na falta da

⁴² Cf. BRUCE W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1980, p. 64, nota 23.

⁴³ Neste sentido, FRIER, *Landlords and Tenants in*, cit., p. 64.

⁴⁴ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 64, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 386, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253, nota 13, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 21, nota 10, e VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 273, nota 565.

⁴⁵ Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, STVDIA IVRIDICA, nº 26, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 75, “*uma relação negocial (entre o adquirente e o possuidor anterior) ou uma disposição judicial ou administrativa*”.

⁴⁶ D.41,2,3,21 (que distinguia os géneros de posse – *genera possessionum* – consoante a sua causa: “*Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae*”); -23 (“*Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit*”). Vd. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 386, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 239-240, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 75 e ss., HERBERT HAUSMANINGER/WALTER SELB, *Römisches Privatrecht*, 9ª edição, Böhlau Verlag, Viena/Colónia/Weimar, 2001, pp. 124-125, CARLO AUGUSTO CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, G. Giappichelli Editore, Turim, 2001, pp. 219 e ss., MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 19ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2008, pp. 108-109, e UWE WESEL, *Geschichte des Rechts*, 3ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006, p. 197.

celebração da competente *mancipatio* (ou *in iure cessio*) quanto às *res Mancipi*, aquele a quem a posse fosse transmitida poderia adquirir a propriedade por usucapião (tornando-se proprietário civil) quando se tivesse verificado a *iusta causa possessionis*⁴⁷ – por exemplo, um contrato de compra e venda (já quanto às *res nec Mancipi*, o adquirente alcançava imediatamente o direito de propriedade através da *traditio ex iusta causa*)⁴⁸.

O exercício de poderes fácticos sobre a *res*, não acompanhado de *iusta causa possessionis*, consistia numa *naturalis possessio*, contraposta à *civilis possessio*: v.g., D.41,5,2,1 (“*Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*”; “A habitual resposta de que ninguém pode mudar por si mesmo a causa da posse deve ser entendido não só para a posse civil como para a natural. E assim a resposta é a de que nem o colono, nem aquele a que a coisa foi depositada ou entregue em comodato pode usucapir como herdeiro para obter um lucro”)⁴⁹. Esta passagem, da autoria de IULIANUS, interessa-nos particularmente, pois dela resulta que ao *colonus* pertencia somente a primeira.

⁴⁷ Ao que teria de acrescer, em regra, a boa fé do possuidor, isto é, a convicção de não prejudicar os direitos de terceiro, como resultava, por exemplo, de GAIUS 2,43 (“*Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue Mancipi sint eae res siue nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse*”): havia lugar à *usucapio* quando alguém adquiria a posse de uma coisa por *traditio* e acreditava que o transmitente era o proprietário, embora, na verdade, não o fosse. Cf., v.g., CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 216.

⁴⁸ Cf. HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 125, e HEINRICH HONSELL, *Römisches Recht*, 7ª edição, Springer Verlag, Heidelberg/Dordrecht/Londres/Nova Iorque, 2010, p. 52.

A propriedade de *res Mancipi* (aquelas referidas em GAIUS 2,14a, GAIUS 1,120 e ULP. 19,1, sendo *nec Mancipi* as restantes) era adquirida, por qualquer causa, através da *mancipatio* ou da *in iure cessio*, que consistiam em negócios solenes e abstractos a tanto dirigidos (GAIUS 2,22; GAIUS 1,119; GAIUS 2,24). Para a transferência da propriedade de *res nec Mancipi*, como já se adiantou, era necessária a *traditio* (entrega) da *res* (GAIUS 2,19), acompanhada de uma justa causa que a justificasse (D.41,1,31 pr.), mediante o preenchimento do requisito de a coisa ser propriedade do transmitente (D.41,1,9,3 e, para a compra em venda em particular, GAIUS 2,20).

No direito justiniano, por força da abolição da distinção entre *res Mancipi* e *nec Mancipi* (cf., nomeadamente, C.7,31,1,15), para que se transmitisse a propriedade de qualquer *res* era necessária a sua *traditio* (C.2,3,20; I.2,1,40; I.3,23,3,a) *ex iusta causa* (D.41,1,31 pr.; I.2,1,41), efectuada por quem fosse proprietário (por exemplo, D.50,17,54 e I.2,1,40).

Vide, por todos, VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., pp. 73 (nota 13), 98-103 e 106-108.

⁴⁹ Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 386 e 389, EMILIO ALBERTARIO, *Distinzioni e Qualificazioni in Materia di Possesso*, in “Studi di Diritto Romano”, vol. II, Giuffrè Editore, Milão, 1941, p. 216, PASQUALE VOICI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 6ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2004, p. 335, PAOLA LAMBRINI, *L’Elemento Soggettivo nelle Situazioni Possessorie del Diritto Romano Classico*, Cedam, Pádua, 1998, p. 77, nota 1, CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 181-182 e 222, e VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 273, nota 565.

Em sentido equivalente, a detenção do *conductor* era um dos exemplos de mera *corporalis possessio*⁵⁰, o que se confirma em C.7,30,1 (de 226): apesar de o locatário possuir materialmente, não o fazia para si mas para o proprietário, não podendo adquirir a propriedade por efeito da *longi temporis praescriptio* (“*Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere. Neque enim colono vel conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur*”); “*Quem possui como locatário, embora detenha corporalmente, não o faz por si mas a crédito do proprietário da coisa. Por isso, nem o colono, nem o locatário de prédio, adquirem por efeito da prescrição por longa posse*”)⁵¹.

Diferente da *possessio civilis* e da *naturalis/corporalis possessio* era a (simples) *possessio*⁵², que não se fundava em qualquer *iusta causa*⁵³, mas era protegida pelo pretor através dos *interdicta* possessórios, e a propósito da qual também se fala em posse interdital (*possessio ad interdicta*)⁵⁴. Esta protecção beneficiava, por norma, aquele que possuísse *suo nomine*, isto é, com a vontade de conservar a *res* para si e sem reconhecer a outrem o direito à sua restituição⁵⁵.

A aquisição da posse em nome próprio dependia da verificação simultânea do *corpus* (apreensão corpórea da *res*) e do *animus* (a intenção de se comportar como proprietário, que não necessitava de ser expressa mas que se devia concluir da actuação do possuidor) – cf. D.41,2,3,1 (“*Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*”) e P.S.5,2,1 (“*Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Sed nudo animo adipisci*”

⁵⁰ KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 253-254; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 64, nota 23; VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 335.

⁵¹ As suspeitas de interpolação que já foram levantadas a propósito de “*ex conducto possidet*” (“*quasi che la locazione-conduzione sia una iusta causa possessionis!*”) não são de molde a negar que o texto seja substancialmente clássico: EMILIO ALBERTARIO, *Possessio e Detentio*, in “*Studi di Diritto Romano*”, vol. II, Giuffrè Editore, Milão, 1941, p. 170, especialmente nota 6.

⁵² Por exemplo, D.6,1,9 (“*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem...*”): o juiz deve averiguar se o demandado possui, não importando a causa da sua posse, já que deve restituir a *res* ao proprietário que a reivindica e ao qual não opôs qualquer excepção).

⁵³ Por isso, não permitia ao possuidor usucapir: KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253; WESEL, *Geschichte des Rechts*, cit., p. 197.

⁵⁴ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 387, nota 17, alerta que *possessio ad interdicta* “*ist unrömische*”. Identicamente, VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 335.

⁵⁵ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 387 (como é sublinhado na nota 20, a noção de posse em nome próprio inclui a *civilis possessio*); HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 125-126.

quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, sicut in saltibus hibernis aestivisque contingit)⁵⁶.

Apesar de reconhecerem a sua obrigação de restituição da *res* ao possuidor, certos detentores beneficiavam da tutela possessória. Destarte, podiam socorrer-se dos mencionados *interdicta* o precarista (*precario accipiens*), o credor pignoratício e o *sequester*⁵⁷.

Mas estes eram casos excepcionais⁵⁸, aos quais voltaremos⁵⁹. Conforme já se sublinhou, a regra era a de que quem exercesse o domínio fáctico sobre uma *res* sem *animus possidendi* era um simples detentor e não podia usar os expedientes de protecção da posse em nome próprio⁶⁰. As fontes, em contraposição à posse interdital, referem-se a “*in possessione sit*” (GAIUS 4,153) ou “*in possessionem esse*” (D.39,2,7 pr.), isto é, o consentimento de estar na posse de *res* alheia.

De acordo com o primeiro desses textos, era o locador quem mantinha a posse, exercendo-a através do *colonus* ou do *inquilinus*, que estavam na posse em seu nome (embora sem qualquer vínculo de dependência jurídica): “*Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus*” (GAIUS 4,153)⁶¹. No mesmo sentido, D.39,2,7 pr. contrapunha quem se encontrava na posse com consentimento de outrem (“*in possessionem esse*”) e quem possuía (“*possidere*”): “*In eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit...*”⁶².

Significativo⁶³ era também D.41,2,25,1, onde se considerava exercida pelo possuidor a posse através de escravo, *inquilinus* ou *colonus*: “*Et per colonos et*

⁵⁶ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 390-392; HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 128-130; WESEL, *Geschichte des Rechts*, cit., p. 196; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 158; LAMBRINI, *L'Elemento Soggettivo*, cit., p. 29; VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 268, nota 558.

⁵⁷ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 387-389; HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 126-127; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 196; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 337.

⁵⁸ WESEL, *Geschichte des Rechts*, cit., pp. 197-198.

⁵⁹ *Infra*, I.2.2.5.

⁶⁰ HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 130.

⁶¹ Cf., por exemplo, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., pp. 21-22; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 64, nota 23, e 178; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 390.

⁶² Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 389, VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 335, GENIUS, *ob. cit.*, p. 22 (nota 10 da p. anterior), WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische*, cit., p. 47, nota 120, LAMBRINI, *L'Elemento Soggettivo*, cit., p. 77, nota 1.

⁶³ Para utilizarmos a expressão de GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 22, nota 14. Vejam-se, também, RAFAËL VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit, Si Vendat, Curare Debet...*, in “*Mélanges Felix Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*”, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1993, p. 484, e LAMBRINI, *L'Elemento Soggettivo*, cit., p. 78.

inquilinos aut servos nostros possidemus (...) Nec inter colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest”.

Como não tinha a *civilis possessio*, além de não possuir *suo nomine* e não ser um dos detentores abrangidos pela tutela possessória, o *conductor* não dispunha dos competentes *interdicta*⁶⁴, o mesmo sucedendo ao depositário, ao comodatário, ao mandatário e ao gestor de negócios⁶⁵. Nomeadamente, estava-lhe vedado o recurso aos *interdicta uti possidetis, unde vi e de vi armata*⁶⁶.

A constituição imperial contida em C.8,4,1, conferia ainda ao possuidor um mecanismo de autodefesa, permitindo-lhe repelir pela força a agressão destinada a retirar-lhe a posse (“*Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet*”: aquele que possui sem vício pode defender a posse de um ataque violento, com a moderação necessária)⁶⁷. Ora, na qualidade de detentor, o *conductor* não estava abrangido por tal regime

2.2 – Direito pós-clássico

Ao contrário da vincada distinção do direito clássico⁶⁸, o direito romano vulgar⁶⁹ caracterizou-se por uma crescente confusão entre os conceitos de propriedade e de

⁶⁴ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 67, nota 27, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 64, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 378, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 390, HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 127 e 249, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 22, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 48, WESEL, *Geschichte des Rechts*, cit., p. 196, FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, tradução de JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, p. 522, JAN DIRK HARKE, *Römisches Recht*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2008, p. 138, PAUL DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Brill, Leiden/Boston, 2012, cit., p. 160.

⁶⁵ Cf., entre outros, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 390; HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 127; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 48.

⁶⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 22, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 48.

⁶⁷ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 235.

⁶⁸ Presente, v.g., em D.41,2,12,1 (onde se afirma que a propriedade nada tem em comum com a posse: “*Nihil commune habet proprietas cum possessione*”) e D.43,17,1,2 (“*separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit*” – a posse deve estar separada da propriedade, pois quem possui pode não ser proprietário e quem é proprietário pode não possuir). Vide ERNST LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, American Philosophical Society, Filadélfia, 1951, pp. 19-20.

⁶⁹ O conceito de direito romano vulgar (*Römisches Vulgarrecht*) surgiu com HEINRICH BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, 2ª edição, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1906, pp. 377 e ss. (na 1ª edição, de 1887, pp. 255 e ss.), com referência ao direito romano desenvolvido e aplicado nas províncias. Face ao *ius* da *civitas* romana, era um direito adulterado e que atendia, sobretudo, às necessidades práticas, em detrimento da lógica jurídica.

Escorando-se expressamente em BRUNNER, LUDWIG MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Druck und Verlag von B. G. TEUBNER,

Leipzig, 1891, pp. 3-4, distinguiu o direito vulgar do *ius gentium*: ao contrário deste, o primeiro era direito romano, mas um direito romano característico da *praxis* e adaptado às necessidades locais.

O grande teorizador da figura do direito romano vulgar foi ERNST LEVY (1881/1969), que a ela dedicou boa parte da sua investigação académica. Para o Autor, e em jeito de síntese, o direito romano vulgar foi composto por todas as regras ou conceitos jurídicos surgidos em solo romano e que se afastaram, no Ocidente, das soluções do direito clássico, distorcendo-as (num sentido de *simplificação* e *popularização*), especialmente do século IV ao século VI (ERNST LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 5-9, e *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1956, pp. 5 e ss.).

As teses de LEVY mereceram abundante aplauso, referindo-se, pelo seu peso, o de MAX KASER, que, até ao fim, as endossou – *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 17-31. Cf. as indicações de CARLO AUGUSTO CANNATA, "*Possessio*," "*Possessor*," "*Possidere*" *nelle Fonti Giuridiche del Basso Impero Romano: Contributo allo Studio del Sistema dei Rapporti Reali nell'Epoca Postclassica*, Giuffrè Editore, Milão, 1962, p. 34, nota 19, e o amplo panorama das várias opiniões em confronto oferecido por SARAH VANDENDRIESSCHE, *Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht. Eine Überprüfung von Levy's Vulgarrechtstheorie anhand der Quellen des Codex Theodosianus und der Posttheodosianischen Novellen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo, 2006, pp. 13-39, a que se podem acrescentar, entre nós, num sentido favorável a LEVY, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., p. 50, e ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Fases do Desenvolvimento do Direito Romano*, segundo as preleções ao 1º ano jurídico, no ano lectivo de 1994/95, Coimbra, 1997, pp. 31-33, e *A Evolução do Direito Romano*, in BFDUC, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 62-65.

Ainda que minoritárias, não faltam críticas à teoria do “direito romano vulgar”. Vejamos algumas. Refira-se, desde logo, a opinião de GIOVANNI PUGLIESE, que em recensão a *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* (in AG, 1951, pp. 119 e ss.), apodou como abstracta a divisão entre direito doutrinal e direito vulgar, pois o jurista não pode ignorar a prática. Não haveria um direito vulgar, mas “concepções vulgares”. A crítica parece estar suavizada na recensão a *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, in AG, 1957, pp. 150 e ss..

ANTONIO GUARINO, «*Vulgarismus*» e *Diritto Privato Postclassico*, in LABEO, 1960, pp. 97 e ss., considerou, contundentemente, que o conceito de direito romano vulgar seria um “mito” ou um “ídolo”: o vulgarismo como manifestação de um direito popular constituiria um fenómeno comum às várias épocas e também existiu no direito clássico, o que seria demonstrado por institutos como os contratos consensuais, a *bonorum possessio* (que admite à sucessão *mortis causa* os emancipados, os cognados e o cônjuge sobrevivivo) e a *actio publiciana* (em que o possuidor é considerado substancialmente como proprietário). A decadência jurídica pós-clássica não teria sido causada pelo vulgarismo, mas pela inaptidão dos legisladores e operadores jurídicos do Baixo Império.

Para TONY HONORÉ, *Roman Law AD 200-400: From Cosmopolis to Rechtsstaat?*, in SIMON SWAIN/MARK J. EDWARDS, “Approaching Late Antiquity: the Transformation from Early to Late Empire”, Oxford University Press, Nova Iorque, 2006, pp. 111 e ss., especialmente 118-119, uma certa perda de qualidade e de rigor da produção legislativa, derivada do progressivo recurso a leigos, não é suficiente para que se possa apontar um fenómeno geral de degradação, mantendo-se a formação jurídica dentro de moldes clássicos.

Refira-se, ainda, DETLEF LIEBS, *Roman Vulgar Law in Late Antiquity*, in “Aspects of Law in Late Antiquity: Dedicated to A. M. Honoré on the Occasion of the Sixtieth Year of his Teaching in Oxford”, All Souls College, Oxford University, 2008, pp. 35 e ss., que defende que *vulgar* foi o direito romano que se aplicou na Gália e na península itálica sob os domínios franco e lombardo, preferindo falar de “direito romano germânico” – pp. 52-53.

Já FRANZ WIEACKER, em *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, C. Winter Verlag, Heidelberg, 1955, começou por aceitar a doutrina de LEVY (o que LIEBS, *Roman Vulgar Law in Late Antiquity*, cit., pp. 44-45, atribui à má consciência de WIEACKER, que estivera ligado ao regime nacional-socialista, por força do qual LEVY tivera de se exilar nos Estados Unidos da América; trata-se de uma análise que o Autor estende a KASER e que repudiamos, dado o seu carácter subjectivo e não racionalmente verificável), erigindo o vulgarismo à condição de estilo jurídico-cultural oposto ao classicismo, adesão que é especialmente sublinhada pelo próprio LEVY (*Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 1). Mais tarde, WIEACKER reviu a sua posição quanto ao conteúdo das constituições imperiais (só depois da morte da LEVY, assinala LIEBS, *últ. ob. cit.*, p. 45, como que tentando reforçar que apenas por compensação pelo sofrimento daquele fora aceite a sua tese do direito romano vulgar...): cf. *Le Droit Romain de la Mort d'Alexandre Sévère a l'Avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.-C.)*, in RHDfE, 1971, pp. 222-223, e *Vulgarrecht und Vulgarismus. Alte und neue Probleme*

*possessio*⁷⁰. Esta surge com o sentido de *dominium* em diversos textos pós-clássicos que foram (significativamente) incorporados no *Corpus Iuris Civilis*⁷¹, destacando-se, por exemplo, C.6,56,5,1 e C.Th.5,1,8 (“*firmitate possideat*”), C.10,21,1 e C.Th.11,7,4 (“*firmitate perpetua possidendi*”) e C.11,70,4 (“*qui auctione prima fundorum iuris patrimonialis sive templorum possessores effecti sunt vel fuerint, firmum dominium tenere decernimus, ne ulterius vacillet uniuscuiusque possessio*”)^{72 73}.

O fenómeno explica-se pelos factores gerais que estiveram na origem da vulgarização, particularmente o empirismo que substituiu o rigor das formulações: o conceito de *dominium* era algo de abstracto, mas a noção de *possessio*, com a sua conotação materialística, mostrava-se apelativa e de fácil compreensão para um público mais vasto⁷⁴.

und Diskussionen, in “Ausgewählte Schriften I: Methodik der Rechtsgeschichte”, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1983, pp. 245-251.

⁷⁰ Por exemplo, LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 21, KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 252, e SANTOS JUSTO, *A Evolução do Direito Romano*, cit., p. 64.

⁷¹ LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 22-23.

⁷² LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 73; KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 247.

⁷³ A querela acerca do vulgarismo tem tido um dos seus principais campos argumentativos na questão do tratamento da posse na época pós-clássica. Contra a posição de LEVY já se levantaram vozes segundo as quais as fontes não permitem afirmar que tenha havido qualquer confusão entre os conceitos de posse e de propriedade, destacando-se as já citadas obras de CANNATA (“*Possessio*,” “*Possessor*,” “*Possidere*”) e VANDENDRIESSCHE (*Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht*), que contam com o apoio expresso de LIEBS, *Roman Vulgar Law in Late Antiquity*, cit., pp. 46-47.

Um aprofundamento do tema não se afigura necessário ou útil para o assunto que temos entre mãos. Não deixaremos de apontar, contudo, que nos parece que o direito pós-clássico utilizou toda uma terminologia e quadros conceituais que são estranhos aos padrões clássicos.

Por exemplo, quando constituições como as contidas em C.Th. 5,1,8 ou C.Th. 8,18,2 apresentavam a *possessio* como conteúdo do direito de propriedade (VANDENDRIESSCHE, *Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht*, cit. pp. 126 e ss.), verificava-se uma mistura conceitual evidente, que jamais caberia na separação clássica: se *dominium* e *possessio* não se confundiam, como poderia a última ser o conteúdo do primeiro?

C.Th. 11,7,4 = C. 10,21,1, relativo à venda de *res* de devedores fiscais, atribui aos adquirentes uma segurança perpétua da posse (“*Quoniam succlamatione vestra merito postulastis, ne qua his, qui praestationes fiscales differunt, reliquorum laxitas proveniret, specialiter praecipimus observari, ut res eorum, qui fiscalibus debitis per contumaciam satisfacere differunt, distraherentur: comparatoribus data firmitate perpetua possidendi*”). VANDENDRIESSCHE, *Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht*, cit. p. 221, entende que o texto se refere apenas à estabilidade da aquisição e à impossibilidade de a compra ser rescindida, apesar de não levantar dúvidas sobre a aquisição da propriedade pelo comprador: cf., por exemplo, C. Th. 10,7,1 (“*fisco auctore vendantur, ut perpetuo penes eos sint iure domini*”) e -10,7,3 (“*Hi postremo, sub empti* titulo, perpetuo domini iure potiantur*”).

Creemos, todavia, que, perante essa aquisição do *dominium* (cuja possibilidade também é reconhecida por CANNATA, “*Possessio*,” “*Possessor*,” “*Possidere*”, cit., p. 78), a *constitutio* acabava por tratar dos respectivos efeitos, como VANDENDRIESSCHE, *últ. loc. cit.*, não deixa de admitir: “*Die “firmitas possidendi” bezieht sich damit nur auf den Effekt des Eigentums*”. Ora, se os efeitos da aquisição do *dominium* são apresentados como uma “posse segura e perpétua”, dificilmente se pode defender que não há um esbatimento das fronteiras entre posse e propriedade e uma confusão entre elas.

⁷⁴ LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 70-71. Trata-se de um impressionante exemplo do “utilitarismo, ou seja, a obsessão pelo pragmático que explica o predomínio do aspecto prático sem

Não obstante, a distinção entre *possessio civilis* e *possessio naturalis* parece continuar a surgir na contraposição entre *iure* e *corpore possidere*, presente, nomeadamente, em C.7,32,10 (“*Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore...*”)⁷⁵, ainda que, na opinião de LEVY, tenha dado azo a outros desenvolvimentos⁷⁶.

atenção às categorias lógicas”, bem como da “desordem na exposição da matéria feita com base na semelhança empírica” – cf. SANTOS JUSTO, *A Evolução do Direito Romano*, cit., p. 64.

⁷⁵ “Ninguém tem dúvidas de que são duas as razões da posse, uma que consiste no direito e a outra na coisa...” (“*Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur: interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intellegi possessorem, qui, licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet*”). LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 26-28 e 63; KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 247-248, 252, nota 3, e 253; VOICI, *Istituzioni*, cit., pp. 347 e 348, nota 14.

Em sentido diferente, CANNATA, “*Possessio*,” “*Possessor*,” “*Possidere*”, cit., pp. 119 e ss.. O Autor afirma que a constituição presente em C.7,32,10 não contém, em rigor, as expressões *possidere iure* e *possidere corpore* e defende que a palavra *corpore* alude a situações de facto: se estivesse em ligação com *possidere*, referia-se a situações possessórias propriamente ditas; relacionada com *tenere* (como em “*non posse eum intellegi possessorem, qui, licet corpore teneat*”), significava a mera detenção. Ou seja, as situações materiais não consideradas *possessio* seriam referidas como *corpore tenere* (p. 128). Mas, tal como afirma LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit., p. 28, o “*Nemo ambigit*” do início do texto mostra uma clara distinção entre *iuris* e *corpore*.

⁷⁶ LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 28-29, para quem aquela constituição foi o ponto de partida para uma distinção entre possuidor (*rei possessor*) e proprietário (*iuris possessor*), pressupondo-se a posse propriamente dita e a propriedade como subdivisões da *possessio*. Tal estava patente em C.Th.2,14,1 = C.2,14,1,3 constituição do ano 400 (“*Animadvertimus, plurimos iniustarum desperatione causarum potentium titulos et clarissimae privilegia dignitatis his, a quibus in ius vocantur, opponere. 1 Ac ne in fraudem legum adversariorumque terrorem his nominibus abutantur et titulis, qui huiusmodi dolo scientes connivent, afficiendi sunt publicae sententiae nota. 2 Quod si nullum in hac parte consensum praebuerint, ut libelli aut tituli eorum nominibus aedibus affigantur alienis, eatenus in eos, qui fecerint, vindicetur, ut, affecti plumbo, perpetuis metallorum suppliciiis deputentur. 3. Quisquis igitur lite pulsatus, quum ipse et rei sit possessor et iuris, et titulum illatae solenniter pulsationis exceperit, contradictoriis libellis aut titulis alterius nomen crediderit inserendum, eius possessionis aut causae, quam sub hac fraude aut retinere aut evitare tentaverit, amissione mulctetur, nec repetendae actionis, etiamsi ei vel probabilis negotii merita suffragantur, habeat facultatem. 4 Eos sane, qui se sponte alienis litibus inseri patiuntur, quum his neque proprietas, neque possessio competat, veluti famae suae prodigos et calumniarum redemptores* notari oportebit*”): pune-se com a perda da *possessio* o possuidor *rei* e *iuris* que foi demandando mas, fraudulentamente, alegou que a *res* pertencia a outrem.

Em sentido diverso, CANNATA, “*Possessio*,” “*Possessor*,” “*Possidere*”, cit., pp. 133-137 (*possessor rei* referir-se-ia somente ao possuidor no âmbito de um litígio relativo à posse ou ao direito de propriedade; *possessor iuris* diria respeito ao demandado num litígio relativo a outro direito real) e VANDENDRIESSCHE, *Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht*, cit. p. 78, que considera “falsa” a interpretação de LEVY e defende que em causa está a qualificação do demandando como possuidor da coisa que tinha o direito de a possuir, direito esse que se pode referir não à propriedade mas a direitos reais limitados. A Autora não acompanha CANNATA, pois o texto determina que o *possessor* seja *rei* e também *iuris* (ob. cit., p. 79).

Cremos que não há motivos para não seguir LEVY: “*neque proprietas, neque possessio*”, expressão constante do quarto parágrafo da *constitutio* e concordante com a terminologia clássica, revela que os Imperadores Arcádio e Honório se referiam à posse e à propriedade: “*Quanto aos que toleraram ser inseridos em litígios alheios, porque não têm a propriedade, nem a posse, ordena-se que sejam censurados como pródigos na sua fama e responsáveis por calúnias*”.

Em qualquer caso, e tal como no direito clássico⁷⁷, nunca se registaram confusões entre *dominium* e *possessio* no que diz respeito à posse em nome alheio. Quem, como o *conductor*, não possuía *suo nomine* era, justamente, considerado um “*alterius nomine ... possidens*” (C.3,19,2 pr., de 331) e representante (“*conductor procuratorque*”) do “*vero possessionis dominus*” (C.Th.5,7,2,3 = C.8,50,20,4, de 409⁷⁸). Outro exemplo no mesmo sentido encontra-se em C.7,39,2 pr., de 365 (“*eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem*” – não é conveniente chamar possuidores aos que têm uma coisa e por ela habitualmente pagam renda)⁷⁹.

2.3 – Direito justinianeu

A concepção de posse do direito justinianeu foi influenciada por esta evolução e pelas doutrinas das escolas orientais⁸⁰, que acentuaram em diversos domínios o papel da vontade⁸¹. Regista-se uma valorização do *animus* como elemento caracterizador da *possessio*, não o *animus possidere* que devia ser exteriorizável e acompanhado da apreensão corpórea da *res*, mas o *animus domini* ou *dominantis*, que se traduz na intenção do possuidor de boa fé de ser proprietário (“*domini cogitatio*”)⁸². Apura-se, pois, um pendur para a autonomização dos dois elementos, com a posse a configurar uma detenção que interpreta e faz avultar o *animus*⁸³.

Contrariamente à *possessio* clássica, que constituía uma pura situação de facto⁸⁴, o esbatimento do elemento objectivo da posse justinianeia irá aproximá-la de um

⁷⁷ Como observa LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 62.

⁷⁸ “... *si quis itaque huic praecepto fuerit conatus obsistere actor conductor procuratorque, dari se metallis cum poena deportationis non ambiget: si vero possessionis dominus, rem suam fisco noverit vindicandam seque deportandum*”.

⁷⁹ Cf. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 62-63, e KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 248.

⁸⁰ Assim concluem LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 73, e KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 252.

⁸¹ Sobre essa tendência, por exemplo, KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253.

⁸² Veja-se a referência de C. 6,2,21,3 (de 530) àquele que possui um escravo alheio (que tinha cometido furto), pensando ser o seu dono (“*bona fide possessor domini cogitatione furem possidet*”), e BAS.50,2,61 (“*Possessio est naturalis rei detentio: sed secundum leges possessio est detentio animo dominantis*”): KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 252-253.

⁸³ Neste exacto sentido, KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253, nota 8.

⁸⁴ Como resulta, nomeadamente, de D.41,2,1,3 (“*etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum apiant: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*” – a posse é matéria de facto e não de direito e, por isso, o pupilo pode começar a possuir se para isso tiver entendimento) e de D.4,6,19 (“*Denique si emptor, priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio*”: o *ius postliminii*, que permitia ao cidadão capturado pelo inimigo readquirir os seus direitos,

direito, que se mantém na ausência de detenção da *res*⁸⁵. Deste modo, em 531, Justiniano determinou (numa constituição imperial conservada em C.7,32,12)⁸⁶ que se os possuidores em nome alheio (v.g., escravos, procuradores, *colonus*, *inquilinus*), por inércia ou dolosamente, abandonassem ou entregassem a outrem a *res*, o possuidor não veria a sua posse prejudicada. No ano seguinte, outra constituição do mesmo Imperador (contida em C.8,4,11)⁸⁷ outorgou protecção possessória aos ausentes a quem a posse fosse retirada sem violência (o que acresce às eventuais acções reais), equiparando-se o esbulhador ao ladrão e concedendo-se o prazo de reacção de 30 anos, a contar do momento da usurpação⁸⁸.

Ainda que as aludidas constituições imperiais apenas tivessem vindo esclarecer dúvidas que já existiam⁸⁹, a verdade é que elas foram dissipadas no (sintomático) sentido de uma evidente desconsideração do *corpus*⁹⁰.

não se aplica à posse; como esta tem muito de factual, o comprador que foi capturado viu interrompida a sua posse, não podendo adquirir a coisa por usucapião). Cf. HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 123; VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 335; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 153-155.

⁸⁵ KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 254; e LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 73.

⁸⁶ “*Ex libris sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam derelinquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae conditionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem neglegenter vel dolose versatus est. 1. Sin autem necdum sub manibus procuratoris vel coloni vel inquilini vel servi possessio facta est, sed eam accipere desidia vel dolo supersedit, tunc ipse qui eum transmisit ex mala sua electione praeiudicium circa possessionem patiat, ex memoratarum personarum vel machinatione vel neglegentia accedens. 2. Hoc etenim tantummodo sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his quos transmiserit, non ut etiam lucrum sibi per eos adquirat, cum et antiqua regula, quae definivit deteriores conditionem per servum domini nullo fieri modo, tunc locum habet, cum de damno dominus periclitetur, non cum sibi lucrum per servum adquiri desiderat: salva videlicet et in hoc casu domino rei vel ei, qui ad eam detinendam praefatas transmiserit personas, adversus eas omni actione, si qua ex legibus ei competit servata”.*

⁸⁷ “*Cum quaerebatur inter illyricianam advocacionem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuum possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec unde vi interdictum nec quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare sancimus talem possessorem ut praedonem intellegi et generali iurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata est legibus (...) 2. His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula”.*

⁸⁸ Sobre estes exemplos, LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 73, e VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 348.

⁸⁹ Como aponta KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 254, nota 23, referindo os seguintes textos: D.41,4,7 pr. (morreu o possuidor *pro emptore* de um *fundus* sem que se completasse o prazo da *longi temporis praescriptio* e os escravos abandonaram-no; entende-se que, apesar disso, aproveita aos herdeiros o prazo já decorrido), D.41,2,40,1 (a morte do *colonus* não tem o efeito de o proprietário deixar de possuir, pois tal acontecerá somente se o último negligenciar a posse; diferente seria a solução se o *colonus* tivesse partido espontaneamente, abandonando a posse), D.41,2,31

Com raízes na doutrina clássica e na legislação imperial pós-clássica que acabámos de examinar⁹¹, distinguia-se agora entre *possessio civilis* (a posse de boa fé em nome próprio⁹²) e *naturalis/corporalis possessio*, que abarcava as restantes situações possessórias e a mera detenção⁹³. Na síntese de VOICI, à tripartição clássica (*possessio civilis*, simples *possessio/possessio ad interdicta* e *possessio naturalis*) sucedia a bipartição justinianeia⁹⁴.

A esta luz, o *conductor* continuava a ser detentor, uma vez que, exercendo poderes de facto sobre a coisa (e, conseqüentemente, verificando-se o *corpus*), não tinha *animus*. Era, portanto, possuidor em nome alheio (*alieno nominem in possessionem*)⁹⁵ e não gozava de tutela possessória: segundo D.43,16,1,10 – cuja solução, não obstante suspeitas de interpolação que recaem sobre o texto⁹⁶, corresponde à do direito clássico⁹⁷ –, o cônjuge donatário expulso beneficiava do *interdictum unde vi*, ao contrário do *colonus* (“*Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus*”), uma vez que o primeiro possuía por si e o segundo por outrem.

(considera-se que o locador é possuidor se o *colonus* saiu do *fundus* sem o objectivo de abandonar a posse e mais tarde voltou), D.41,2,44,2 (a posse por intermédio de escravo ou *colonus* perde-se se outrem nela ingressar, ainda que tal seja ignorado), D.41,2,3,8 (o proprietário que tem notícia de que a casa foi ocupada por salteadores e, receoso, não se quer aproximar dela, perde a posse, o que não aconteceria se tivessem morrido ou partido o escravo ou o *colonus*, pois aí mantinha-se a posse pelo *animus*).

⁹⁰ “Disregard of the corporeal element” – LEVY, *últ. loc. cit.*

⁹¹ Como indica KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253.

⁹² Era esta que poderia conduzir à aquisição da *res* por usucapião: SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 156.

⁹³ Em D.43,16,1,9 contrapõem-se os dois tipos de posse, abrangendo-se na *naturalis possessio* a posse interdita: “*Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*” (parece que o texto sofreu interpolação, por força da qual a *possessio naturalis* justinianeia passou a abranger a *possessio ad interdicta*: ALBERTARIO, *Distinzioni e Qualificazioni in Materia di Possesso*, cit., p. 218; KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253, nota 17). Por seu turno, em D.41,2,24 (itp.), a aquisição da posse pela força é descrita como *possessio corporalis* (“*Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignorant tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere*”).

Cf. ALBERTARIO, *Distinzioni e Qualificazioni in Materia di Possesso*, cit., p. 217; VOICI, *Istituzioni*, cit., pp. 348-349; KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 156-157.

⁹⁴ VOICI, *Istituzioni*, cit., pp. 348-349.

⁹⁵ Sobre a posse em nome alheio, à luz da qual se mantém como possuidor aquele em nome de quem se possui, consultem-se, por exemplo, D.41,2,9 (“*Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmur*”) e D.41,2,18 pr. (“*Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium*). Cf., v. g., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 161, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 22, nota 11, e LAMBRINI, *L’Elemento Soggettivo*, cit., p. 26.

⁹⁶ Segundo ALBERTARIO, *Possessio Civilis e Possessio Naturalis*, cit., p. 219, os compiladores justinianeus teriam inserido “*non tamen si colonus*” no § 10 para que as situações de mera detenção se distinguíssem das de posse em nome próprio, uma vez que, com a já aludida interpolação do § 9, ambas estavam abrangidas pelo conceito de posse natural.

⁹⁷ CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 238.

Neste sentido pode invocar-se o escólio 15 a BAS.60,17,7 (“*Nam et naturalis possessio pertinet ad hoc interdictum. Denique si maritus uxori suae immobilem donaverit, et mulier vi deiecta sit, habet interdictum. Colonus autem fundus deiectus non agit interdictum, quia alii possidet...*”, na tradução latina⁹⁸99).

Só no que respeita ao *locator* se poderia falar em *animus* e, subsequentemente, em posse – veja-se, sobretudo, I.4,15,5 (“*Possidere autem videtur quisque non solum, si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus ... retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui eius nomine sit in possessione*”: “Entende-se que se possui não apenas por si mesmo, mas também se alguém possuir em seu nome, ainda que não esteja submetido à sua dependência jurídica, tal como o colonus e o inquilinus ... pode manter-se a posse por meio de qualquer outro que em seu nome possua”)¹⁰⁰.

2.4 – As consequências da falta de tutela possessória e a mera protecção delitual do locatário

Perante esta evolução, em que foi ponto constante a não atribuição da posse ou dos seus meios de defesa ao locatário, encontrava-se na constituição imperial incluída em C.4,65,33 (de 484)¹⁰¹ a cominação contra o *conductor* que não restituísse a coisa ao locador quando tal lhe fosse exigido, equiparando-o a um usurpador: tendo apenas uma “posse precária”, se esperasse até ao fim do processo judicial para devolver a *res*, para além de ser obrigado a proceder à restituição, deveria pagar à parte triunfante uma quantia equivalente ao valor da coisa¹⁰². Como era, precisamente, “possuidor precário” e não tinha modo de defender o seu uso da coisa (dependente da posse alheia), o

⁹⁸ P. 574 (tomo 5).

⁹⁹ Vejam-se ALBERTARIO, *Distinzioni e Qualificazioni in Materia di Possesso*, cit., pp. 219-220, KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 253, nota 17, ROBERT SKLENÁŘ, *Papinian on the Interdict Unde Vi*, in RIDA, 1994, p. 380, ou LAMBRINI, *L'Elemento Soggettivo*, cit., p. 26.

¹⁰⁰ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 22, nota 14, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 48. Aquele através de quem se retinha a posse, como o arrendatário, mais uma vez era apresentado como *in possessione esse* (“*eius nomine sit in possessione*”), sinónimo de mera detenção (LAMBRINI, *L'Elemento Soggettivo*, cit., p. 77, nota 1).

É óbvio que se está a partir do pressuposto de que o locador era possuidor, o que, sendo a situação comum, não era forçoso. Designadamente, se existisse sublocação, o possuidor seria o locador e não o sublocador: KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 390, nota 41. Em decorrência, era o *locator* quem podia requerer o *interdictum unde vi* se os sublocatários fossem privados da *res*: D. 43,16,20 (texto analisado ainda neste ponto).

¹⁰¹ “*Conductores rerum alienarum seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem inuasoris alienae possessionis praebere compellantur*”. Semelhantemente, C.8,4,10.

¹⁰² Vide SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 67, nota 29.

locatário não poderia aproveitar a proibição de uso da força, tão cara ao direito justinianeu (assim, designadamente, C.8,4,7)¹⁰³ e que tinha um efeito dissuasor de esbulhos ou de turbações¹⁰⁴.

Também da época pós-clássica, uma constituição do Imperador Constantino, de 326, determinou que, encontrando-se o possuidor ausente, deveria ser outorgada protecção possessória ao parente, ascendente, representante, amigo, *colonus*, liberto ou escravo que possuíssem em seu nome (C.8,5,1 pr.)¹⁰⁵. Sem embargo de se poder vislumbrar um favorecimento, ainda que reflexo, do locatário¹⁰⁶, ele não se tornava possuidor, já que apenas se lhe reconhecia tal faculdade para a defesa dos interesses do possuidor/locador que se ausentara¹⁰⁷. Note-se, em reforço desta ideia, que o possuidor ausente era protegido da incúria dos locatários que possuíssem em seu nome e que não defendessem a posse, sendo-lhe concedida tutela independentemente do momento em que regressasse, conforme resultava de C.8,5,1,1¹⁰⁸.

Para fazer face a perturbações ou privações do gozo da *res* provocadas por terceiros, o locatário deveria pedir ao locador (ele, sim, possuidor)¹⁰⁹ que usasse os já mencionados meios de defesa¹¹⁰; era o *locator* quem podia socorrer-se da protecção interdital, como decorre abertamente de D.43,16,20 (“*Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto. Idem si inquilinus tuus vi deiectus fuerit. Paulus: idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino*”): se o *colonus* ou o *inquilinus* fossem expulsos, o senhorio devia lançar mão do *interdictum unde vi*; segundo PAULUS, o

¹⁰³ À luz desta constituição imperial (que será analisada mais pormenorizadamente, *infra*, I.3.3.1), existia uma “*obrigação de restituir a res e a perda do seu dominium pelo proprietário que invade violentamente a posse alheia antes de decisão judicial*” – SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 236, nota 1170. Vide, ainda, GUNTER WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in “Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag”, Verlag Hermann Böhlau, Graz/Colónia, 1958, p. 120, e LAMBRINI, *L’Elemento Soggettivo*, cit., p. 24. Não tendo a posse, o locatário não estava abrangido pela disposição.

¹⁰⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 23.

¹⁰⁵ “*Judices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirant, an eius, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel parens vel proximus vel amicus vel colonus vel libertus seu servus quolibet titulo retinebat ...*”. Vd. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 258.

¹⁰⁶ Como conclui GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 23.

¹⁰⁷ Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 248.

¹⁰⁸ “*Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulgemus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel neglegentes propinquos vel parentes vel proximos vel amicos et colonos vel libertos interea differatur*”.

¹⁰⁹ Assenta-se, mais uma vez, na hipótese de coincidência entre as posições de locador e de possuidor.

¹¹⁰ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., pp. 22-23, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 48, VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 484, e HARKE, *Römisches Recht*, p. 138.

mesmo se podia dizer em casos de sublocação, quando se verificassem a expulsão do *colonus* do *colonus* ou do *inquilinus* do *inquilinus*)¹¹¹. Se não o fizesse, ao *conductor* prejudicado mais não restava do que responsabilizá-lo contratualmente, através da *actio conducti*¹¹², da qual o máximo que poderia esperar era a condenação da contraparte a uma indemnização por mero equivalente¹¹³. O que significa que, se o *locator* se encontrasse numa situação de insolvência, qualquer reacção seria vã¹¹⁴.

É certo que era expressamente concedido ao *colonus* o *interdictum quod vi aut clam* em caso de prejuízo causado às culturas: D.43,24,12¹¹⁵. Tal já foi visto como uma tutela possessória conferida ao locatário¹¹⁶, mas não se trata de opinião pacífica; MAYER-MALY¹¹⁷ e, na sua esteira, GENIUS¹¹⁸, entendem que se estará no âmbito delitual, defendendo-se interesses pessoais¹¹⁹.

O *interdictum quod vi aut clam* (D.43,24) era outorgado como modo de reacção contra qualquer trabalho (*opus*)¹²⁰ efectuado em terrenos (*opus in solo factum*)¹²¹, em

¹¹¹ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 64 e 66, nota 26 da p. anterior, e MATTEO MARRONE, *Per una Funzione "Strumentale" del Diritto Romano in Materia di Possesso*, in "Studi in Memoria di Giambattista Impallomeni", Giuffrè Editore, Milão, 1999, pp. 299 e ss., § 4, nota 14 (compulsado em <http://www.unipa.it/dipstdir/pub/marrone/possesso.htm>).

¹¹² Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 390, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 66, nota 26 da p. anterior, e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Superfície no Direito Romano*, in "Obras Esparsas", vol. I – Estudos de História do Direito Antigo, 1ª parte, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1979, p. 295.

¹¹³ BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Superfície no Direito Romano*, cit., p. 295; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, *últ. loc. cit.*; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 522; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 378; MARRONE, *Per una Funzione "Strumentale" del Diritto Romano in Materia di Possesso*, cit., § 4.

¹¹⁴ Como destaca FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 66, nota 26 da p. anterior.

¹¹⁵ "*Quamquam autem colonus et fructuarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competet, si quid praeterea eius intersit*".

¹¹⁶ RUDOLF VON JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession. Critique de la Méthode Juridique Régissante (Études Complémentaires de l'Esprit du Droit Romain – III)*, tradução de de *Der Besitzwille* por O. DE MEULENAERE, Librairie A. Marescq, Paris, 1891, p. 371. Na hodierna historiografia jurídica HANS WIELING, *Die Verdinglichung der Miete vom römischen Recht bis zu den modernen Kodifikationen*, in "Nozione, Formazione e Interpretazione del Diritto dall'Età Romana alle Esperienze Moderne - Ricerche Dedicare al Professor Filippo Gallo", vol. III, Jovene Editore, Nápoles, 1997, p. 682, considera que a concessão do *interdictum quod vi aut clam* presente em D.43,24,12 constituía um exemplo de aproximação da locação aos direitos reais através das acções possessórias ("*...Verdinglichung der Miete durch die Besitzklagen*").

¹¹⁷ THEO MAYER-MALY, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Verlag Herold, Viena/Munique, 1956, p. 179.

¹¹⁸ *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 23.

¹¹⁹ JHERING assim qualifica este *interdictum* em outra obra – cf. *Actio Injuriarum: des Lésions Injurieuses en Droit Romain (et en Droit Français)*, tradução e anotação de *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen* (in "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", 1885) por O. DE MEULENAERE, Librairie A. Marescq, Paris, 1888, p. 59.

¹²⁰ V. g., D.43,24,7,1 ("*aut sua impensa ex interdicto opus restituere debere*") e D.43,24,11,10 ("*interdictum quod vi aut clam ei competere, cuius interfuit opus non fieri*"). Vide LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai Margini della Proprietà Fondiaria*, 2ª edição, La Sapienza Editrice, Roma, 1996, pp. 3-4.

violação de uma proibição (D.43,24,1,5)¹²² ou de forma oculta (D.43,24,3,7-8; -43,24,4)¹²³, e dando origem a danos¹²⁴. Como se visava que o autor do *opus* repusesse a situação prévia à actuação ilícita, consistia num *interdictum* restitutivo (D.43,24,1 pr.¹²⁵; -1¹²⁶)¹²⁷.

Na verdade, podia beneficiar deste expediente extraprocessual não só o proprietário do prédio, como qualquer pessoa que tivesse um interesse em que o trabalho não fosse realizado¹²⁸, sendo desnecessária a prova da posse pelo requerente¹²⁹. Segundo D.43,24,16 pr., “*Competit hoc interdictum etiam his qui non possident, si*

¹²¹ Nomeadamente, D.43,24,1,4 (“*Hoc interdictum ad ea sola opera pertinet, quaecumque in solo vi aut clam fiunt*”) – por todos, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 129.

A voz dissonante quanto a este requisito, e que chegou até nós, foi a de TREBATIUS, expressamente contraditada por LABEO em D.43,24,22,3 (“*Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuisses, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris, tamen teneri te quod vi aut clam Trebatius ait. Labeo contra, ne etiam is, qui dumtaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur*”): para TREBATIUS, devia ser concedido o *interdictum* se alguém, contra a proibição de o fazer, tivesse transportado estrume pelo *fundus*, ainda que sem o alterar ou causar dano; LABEO negava-o, pois este *interdictum* não seria aplicável sem a elaboração de um trabalho. Cf. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai Margini*, cit., pp. 6-7, e ALAN WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, 1968, p. 227.

¹²² Era nisto que consistia o *vi factum* (“*Vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit*”): cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 128, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 409, KASER/ KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 125, WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, cit., p. 223, e FRANZ LIMACHER, *Ueber das interdictum quod vi aut clam*, Lohbauer, Zúrique, 1865, p. 12.

¹²³ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 128; LIMACHER, *Ueber das interdictum quod vi aut clam*, cit., p. 21; WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, cit., pp. 223-224.

¹²⁴ É um entendimento já perfilhado por HUGO DONELO, *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Quartus, cum notis Osualdi Hilligeri*, Ad Signum Clius, Florentiae, 1842, Lib. XV, Cap. III, 5, col. 338: “*Quo opera facto melior caussa agri fit, aut non fit deterior; quanvis quis aut prohibitus vi fecerit, aut fecerit clam domino; hoc interdicto non tenetur, ut factum restituat: Veluti, si quis agrum tempestive araverit, si macrum non pingem stercoraverit, si silvam maturam non immaturam caeciderit*”. Deste jeito, se o solo fosse devidamente arado (D.43,24,22,1), se anteriormente o terreno não estivesse fertilizado (D.43,24,7,6) ou se a mata de talhadia fosse cortada na época própria (D.43,24,18 pr.), não havia lugar ao *interdictum*, pois o trabalho (o cultivo, o derrame de estrume ou o corte) não causava prejuízo. Cf., com amplos desenvolvimentos, CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai Margini*, cit., pp. 3-4 e 7 e ss..

¹²⁵ “*Praetor ait: "Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restitutas"*”.

¹²⁶ “*Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: iubentur enim ea restituere*”.

¹²⁷ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 409. Lembre-se que os *interdicta* restitutivos eram aqueles que, além da restituição da própria *res*, ordenavam que fosse “*reintegrada no seu primitivo estado uma res que foi modificada sem autorização*” – cf., por exemplo, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 439.

¹²⁸ D.43,24,11,14 (“*Idem Iulianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere*”): o *interdictum* compete não só ao proprietário, como a quem tenha interesse em que a obra não seja feita. Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 129, KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 125, e LIMACHER, *Ueber das interdictum quod vi aut clam*, cit., pp. 10-11.

¹²⁹ Neste sentido, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 209, nota 6.

modo eorum interest”, isto é, o não possuidor seria tutelado desde que nisso tivesse um interesse atendível.

Assim se conclui que a solução registada no fragmento de VENULEUS presente em D.43,24,12 não constituía qualquer extensão da tutela possessória ao *conductor*. Este era protegido pelo *interdictum* porque tinha um interesse na *res*¹³⁰, nomeadamente mercê daquilo que nela cultivou.

JHERING não deixa de reconhecer que o *interdictum quod vi aut clam* não constava do elenco dos *interdicta* possessórios, apenas pressupondo a existência de um interesse. Mas, por outro lado, afirma que a figura exerceria a função de meio possessório, do qual o arrendatário rural poderia lançar mão para defesa do “estado de posse”, desde que não fosse contra o locador (que era o possuidor)¹³¹. A questão é, todavia, a inversa: não era por se tutelar a posse que o arrendatário era abrangido; pelo contrário, a protecção do *colonus* revelava que eram tutelados meros interesses fácticos, alheios a qualquer relação possessória¹³².

A tutela delitual do locatário passava, igualmente, pela *actio iniuriarum*¹³³: a *lex Cornelia de iniuriis* permitiu o recurso àquele meio processual quando alguém entrasse à força em casa alheia (D. 47,10,5 pr.¹³⁴ e I. 4,4,8, primeira parte¹³⁵)¹³⁶, entendendo-se por “casa” o domicílio, mesmo que estabelecido em imóvel locado (D.47,10,5,2¹³⁷ e I.4,4,8, segunda parte¹³⁸). Também o arrendamento rural era tutelado: de acordo com D.47,10,5,4¹³⁹, perante a invasão do *fundus*, cabia ao *colonus*, e não ao proprietário, intentar a acção¹⁴⁰. Porém, e mais uma vez, semelhante protecção nunca iria além da

¹³⁰ LIMACHER, *Ueber das interdictum quod vi aut clam*, cit., p. 10, nota 3. O Autor refere-se ao *colonus*, mas também ao *inquilinus* (do mesmo modo, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 130), o que está em plena conformidade com a possibilidade de recurso a este meio quando estivessem em causa trabalhos incidentes sobre edifícios, construções ou árvores. Cf. D.43,24,7,10 (remoção de telhas de um edifício), D. 43,24,13,4 (abate de árvores) D. 43,24,13,5 e D.43,24,15,2 (trabalhos que afectassem sepulturas): CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai Margini*, cit., pp. 3-4.

¹³¹ JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., p. 371.

¹³² LIMACHER, *Ueber das interdictum quod vi aut clam*, cit., pp. 25, nota 12 e 35, nota 17.

¹³³ Vide JHERING, *Actio*, cit., p. 98; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 65, nota 26.

¹³⁴ “*Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat*”.

¹³⁵ “*Sed et lex Cornelia de iniuriis loquitur et iniuriarum actionem introduxit. quae competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat*”.

¹³⁶ V.g., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 132. A *actio iniuriarum* era penal (GAIUS 4,112): ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 1061.

¹³⁷ “*Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domu quis habitaverit sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*”.

¹³⁸ “... *domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat sive in conducta vel gratis sive hospitio receptus sit*”.

¹³⁹ “*Et si dominus fundum locaverit inque eum impetus factus sit, colonus aget, non dominus*”.

¹⁴⁰ JHERING, *Actio*, cit., p. 98.

obrigação de pagamento de uma pena pecuniária a cargo do intruso (por exemplo, GAIUS 3,224)¹⁴¹, como era próprio das *obligationes* decorrentes da prática de *delicta*¹⁴².

2.5 – Fundamento da negação de tutela possessória ao locatário

Verificava-se, em suma, a não existência de mecanismos de defesa que facultassem ao locatário a restituição da coisa que tomou de locação e da qual fosse privado, dado que não tinha a sua posse. Questão controversa é, todavia, a de saber até que ponto o regime traduzia um deliberado desfavor do *ius romanum* para as classes socialmente carenciadas.

SCHULZ (para quem a *locatio conductio* era reflexo de uma tessitura social que os juristas tinham interesse económico em conservar, pois estavam ao serviço dos *beati possidentis*¹⁴³) refere, a propósito, que a falta de tutela possessória constituía um expressivo exemplo da dependência económica e social do arrendatário¹⁴⁴. Opinião semelhante é manifestada por UWE WESEL: o locatário não tinha posse à luz do direito romano porque, em nome de fundamentos anti-sociais, só era reconhecida a posse em nome próprio¹⁴⁵.

PERNICE argumenta, por seu turno, que nada permite concluir que a mera detenção da *res* pelo *conductor* revelasse qualquer preconceito de classe, uma vez que no debate jurídico romano não eram convocados aspectos sociais ou económicos: a disciplina da matéria deriva dos princípios gerais, não se podendo pressupor que os

¹⁴¹ “*Sed nunc alio iure utimur. permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, prout illi uisum fuerit; sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat uadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, qui possit uel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem*”: a *aestimatio* da *iniuria* competia ao injuriado (embora o juiz pudesse condenar ao pagamento de um valor inferior), competindo ao pretor se se tratasse de injúria atroz.

¹⁴² Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 120 e 130; D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 424 e 440; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 918 e ss. e 1061-1062; VOGLI, *Istituzioni*, cit. p. 477; EDUARDO RUIZ FERNÁNDEZ, *Sanción de las «Iniuriae» en el Derecho Clásico*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 821; ALEXANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las Fuentes de Las Obligaciones en Relación con el Sistema de Acciones en Derecho Clásico*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 45-46.

Claro que, no que respeita às *res* que fossem propriedade do *conductor*, a invasão do seu domicílio também poderia dar origem à *actio furti* e à *actio legis Aquiliae*: de novo, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 65, nota 26.

¹⁴³ *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 520-521.

¹⁴⁴ *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 522.

¹⁴⁵ *Geschichte des Rechts*, cit., p. 227.

jurisconsultos não a considerassem justa ou suficiente¹⁴⁶. A ausência de tutela possessória e a liberdade de extinção do contrato seriam, sim, o corolário da estrutura das relações socioeconómicas subjacentes, com o *colonus* e o *insularius* (que muitas vezes explorava uma rede de subarrendamentos) surgindo como auxiliares e representantes dos proprietários¹⁴⁷.

Análise em alguns pontos próxima é a de BECK. Segundo este Autor, a circunstância de apenas o locador ser possuidor não se explicaria somente pela sua preponderância económica face a locatários pobres, visto que espelharia as relações fácticas de uma estrutura social enraizada na *potestas* patriarcal¹⁴⁸.

De outra perspectiva, FRIER, embora reconhecendo a existência de reflexos da posição social do *conductor* na sua posição jurídica, não deixa de recordar que havia arrendatários que faziam parte das classes mais favorecidas – e, neste caso, não colhe a alegação do suposto enviesamento contra as massas depauperadas. O ponto é particularmente importante se se tiver presente a possibilidade de, em considerável medida, o direito privado romano (incluindo as questões locatícias) se ter baseado nos litígios dos estratos possidentes e não em torno da grande maioria da população¹⁴⁹ – que, por diversos motivos (falta de informação, constrangimentos sociais, recurso a vias alternativas de resolução dos litígios, escassez de meios económicos, entre outros), não levava as suas pretensões aos órgãos de administração da justiça¹⁵⁰.

Aliás, no que respeita às camadas pobres da sociedade que viviam em habitações arrendadas, o Autor austenta que a falta de protecção possessória lhes era indubitavelmente desfavorável, mas a situação já se revestia de tal precariedade que não seria isso que a tornaria substancialmente pior¹⁵¹. No fundo, a mesma ideia já fora exposta por PERNICE: ante certas categorias de arrendamentos habitacionais,

¹⁴⁶ ALFRED PERNICE, *Parerga: VIII.IX*, in SZR, 1898, pp. 88-89. No mesmo sentido, GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 41.

¹⁴⁷ PERNICE, *Parerga*, cit., pp. 89-97. Respiga-se a síntese da p. 95: “*Kommen wir so dazu, den Pächter un den Hausmieter, in ihren socialen Beziehung als Stellvertreter des Grundherren anzusehen, so ist der selbstverständliche juristische Folgerung der Mangel des Besitzschutzes und das beliebige Austreibungsrecht*”.

¹⁴⁸ ALEXANDER BECK, *Zur Entstehung des Römischen Mietvertrages*, in “Festschrift Hans Lewald”, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basileia, 1953, p. 10.

¹⁴⁹ Para uma análise de fontes que demonstram a existência de um importante segmento de arrendamentos em que os arrendatários provinham de classes economicamente sólidas, cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 39 e ss. e 64-65, seguido por ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 348-350. O fenómeno também é constatado por BECK, *Zur Entstehung*, cit., pp. 9-10 (arrendamentos habitacionais), e DENNIS P. KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy: the Jurists and the Roman Agrarian Economy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997, pp. 153-154 (arrendamento rural).

¹⁵⁰ FRIER, *últ. ob. cit.*, pp. 48 e ss..

¹⁵¹ *Landlords and Tenants*, cit., p. 65.

geralmente celebrados por curtos períodos de tempo (com locatários cuja permanência era comparável à de uma “ave de arribação” – “*Zugvogel*”), tornava-se impraticável a concessão de qualquer espécie de tutela possessória¹⁵².

Parece que subjacente às fontes está a “*firme convicção*” de que os meios de tutela de índole contratual (*in casu*, a *actio conducti*) eram suficientes para prevenir actuações precipitadas por banda do *locator*¹⁵³. E, na falta de mais indícios, tal convicção deve ter-se por fundada, sob pena de a questão presente em D.19,1,53,2¹⁵⁴ não fazer sentido¹⁵⁵.

Segundo esse parágrafo, e na hipótese de venda da casa, o locador que quisesse reservar aos *habitatores*¹⁵⁶ o direito de nela continuarem a viver deveria pactuá-lo com o vendedor; mas o pacto de reserva de habitação gratuita a favor de um *habitor* teria de ser celebrado com referência nominal ao beneficiado, sob pena de o comprador poder impunemente proibir a sua continuação no imóvel¹⁵⁷. O que significa que, se a cláusula de reserva fosse formulada do modo correcto, o comprador que não a respeitasse (isto é, não afastando as consequências da regra impropriamente chamada *emptio tollit locatum* e promovendo o despejo) teria a temer a subsequente “punição”, a concretizar pelos meios de tutela do contrato de compra e venda¹⁵⁸.

Afigura-se seguro, pois, que apenas se as vias contratuais não fossem devidamente acauteladas (por exemplo, não se efectuando da forma correcta a reserva

¹⁵² *Parerga*, cit., p. 92. Mais uma vez, FRIER (*Landlords and Tenants*, cit., pp. 51-52) defende que, neste quadro, os valores envolvidos eram diminutos e, por isso, a litigiosidade certamente seria pequena.

¹⁵³ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 66 (que informa que é quase sempre o proprietário quem surge nas fontes como o fautor da expulsão; uma excepção encontra-se em D.13,7,11,5, onde *inquilinus* é expulso por um locador que não é proprietário ou, sequer, possuidor). No mesmo sentido, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 379-380.

¹⁵⁴ “*Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus praeter dominum recte recepta habitatio est. Paulus: immo si cui in ea insula, quam vendideris, gratis habitationem dederis et sic receperis: "habitatoribus aut quam quisque diem conductum habet", parum caveris (nominatim enim de his recipi oportuit) itaque eos habitatores emptor insulae habitatione impune prohibebit*”.

¹⁵⁵ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 66-67.

¹⁵⁶ No direito romano clássico, o termo *habitor* é sempre usado para referir os locatários de imóveis urbanos: PAUL DU PLESSIS, *A New Argument for Deductio Ex Mercede*, in “*Fundamina*”, 2005, pp. 71-72 (com elenco das fontes que empregam o substantivo).

¹⁵⁷ Tal pacto acessório estava ligado à faculdade, reconhecida em D.19,2,5, de o *locator* remir a *merces* logo após a celebração da locação, sem alteração da natureza do contrato (“*Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit*”): ANA MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el Contrato de Compraventa en Interés del Vendedor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 195. De acordo com aquele texto, continuava a haver *locatio conductio rei*, apesar da declaração de remissão pelo locador e consequente desaparecimento da onerosidade das prestações – FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema Contractual Romano*, 2ª edição, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 276-277.

¹⁵⁸ Cf. MOHINO MANRIQUE, *Pactos*, cit., pp. 193 e ss..

de habitação) se poderia afirmar, como fez PAULUS, que o locador pouco se tinha prevenido de incorrer em responsabilidade (“*parum caveris*”). As *actiones* advindas do contrato eram sinónimos de afastamento da impunidade, mostrando-se eficazes para os fins tidos em vista (obviar a evicções injustificadas)^{159 160}.

¹⁵⁹ Este acaba por ser um raciocínio próximo do expandido por SAVIGNY para justificar a não concessão dos *interdicta* ao *conductor*: *Das Recht des Besitzes*, 7ª edição por ADOLF FRIEDRICH RUDORFF, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Viena, 1865, § 23, p. 284, e que analisaremos mais aprofundadamente, *infra*, II.3.6.1.

¹⁶⁰ Pode ser colocada a hipótese de o modo como era determinado o valor da pretensão indemnizatória em sede da *actio conducti*, com a possibilidade de recurso ao *iusiurandum in litem*, constituir uma influência não desprecienda para que o *locator* cumprisse a sua obrigação, pois poderia ser condenado a pagar um valor de acordo com a *aestimatio* do demandante: ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 380, nota 253.

Segundo D.12,3,5 pr. (“*In actionibus ... bonae fidei iudiciis in litem iuratur*”), nas acções de boa fé (como era a *actio conducti*), o demandante poderia requerer que o demandado prestasse juramento (“*in litem iuratur*”) sobre o que foi fixado na fórmula. Sendo deferido o pedido (D.12,3,4,1), em última análise seria o próprio demandante a jurar, definindo o valor que o demandado seria condenado a pagar (D.42,1,56 – “*Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur*”), embora com as excepções presentes em D.12,3,4,3 e -12,3,5,2: cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 250-253 e 345-377, e KASER/HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 335 e ss., especialmente 339-340.

Note-se que é controversa a questão da admissibilidade do *iusiurandum in litem* nos *bonae fidei iudiciae* em geral, apesar da explícita referência feita em D.12,3,5 pr.. Mesmo D.19,2,48,1, que dispunha que o *conductor* que não restituiu o escravo deverá ser condenado no que tiver sido “*litem iuratum*” (“*Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit damnabitur*”), é várias vezes interpretado como inserido no âmbito da *actio furti* e não da *actio locati*. Vide ALAN WATSON, *Iusiurandum in Litem in the Bonae Fidei Iudiciae*, in “*Studies in Roman Private Law*”, The Hambledon Press, Londres/Rio Grande, 1991 (publicado originalmente in TR, 2, 1966, pp. 175-193), pp. 223 e ss., especialmente pp. 231-233 (contra uma considerável corrente de opiniões, o Autor aceita a existência do *iusiurandum in litem* nos *bonae fidei iudiciae*).

Sobre a *locatio* como contrato de boa fé e as *actiones locati* e *conducti* como acções de boa fé, algo que decorria, por exemplo, de D.19,2,21 (“*Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat...*”: a boa fé exigia que se fizesse o que se acordara), D.19,2,45,1 (“... *quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti...*”: está muito longe da boa fé o comportamento que prejudica aquele que tomou em locação), D.50,8,3,2 (“*Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitrato in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est*”: tendo sido convencionado por pacto que o pagamento da renda anual em ano de más colheitas seria determinado por um louvado, os termos do contrato de locação deviam ser avaliados à luz da boa fé), GAIUS 4,64 (“*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*”) e da fórmula das *actiones locati* e *conducti* (respectivamente, “*Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum (opus faciendum, operas) quo de agitur locavit, quo de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito*” e “*Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum (opus faciendum, operas) quo de agitur conduxit, quo de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito*”: o juiz condenava – ou absolvía – consoante aquilo que o demandando se tinha obrigado a dar ou a fazer segundo a boa fé), cf. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, cit., pp. 49-51, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 56-57, e a reconstituição formular a que procedeu OTTO LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edição, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1927, pp. 299-300.

RICCARDO CARDILLI, «*Bona Fides*» *Tra Storia e Sistema*, 2ª edição, G. Giapichelli Editore, Turim, 2010, pp. 55 e 59-61, assinala que a sinalagmaticidade das prestações da *locatio* era concretizada e salvaguardada de acordo com o critério da boa fé: a diminuição do gozo da *res* pelo *conductor* tinha como efeito uma redução ou remissão da *merces*, como, v.g., nas situações presentes em D.19,2,15,2

A esta luz não parece descabido, portanto, que não se encontrassem motivos para proceder a modificações da disciplina da protecção interdital¹⁶¹.

Acresce a existência, entre os escalões mais altos da população romana, de uma pressão social contrária a turbações ou expulsões arbitrárias. FRIER cita, em abono desta conclusão, fontes coevas de cariz não jurídico¹⁶². Designadamente, SÉNECA, a propósito da justa distribuição dos benefícios sociais, declara que o locador, apesar de ser o proprietário, não deve tocar nas colheitas quando o *colonus* o proíba, nem entrar no que deu de locação: “*Itaque nec fructus tanges colono tuo prohibente, quamuis in tua possessionem nascantur (...) Nec conductum meum, quamquam sis dominus, intrabis*”¹⁶³. E também não pode ser ignorada a carta de 12 de Fevereiro escrita por CÍCERO ao seu irmão QUINTUS, cuja casa sofrera um incêndio: tendo sido forçado a tomar de arrendamento novo imóvel até que a sua *domus* estivesse restaurada (previsivelmente, alguns meses depois de 1 de Julho), nem sequer pôs a hipótese de desalojar os seus “elegantes” arrendatários, os LAMIAE¹⁶⁴.

Crê-se que esta é uma análise mais equilibrada do que pressupor, como SCHULZ, uma *iurisprudencia* envolta num conservantismo social gélido¹⁶⁵. Não só não se conhece suficientemente o pensamento dos jurisconsultos em matérias não jurídicas¹⁶⁶, como há exemplos históricos da sua fidelidade à Justiça e independência ante o poder¹⁶⁷. A não atribuição de tutela possessória ao *conductor* não constituiu

(abatimento da renda quando a fruição do *fundus* era afectada por uma *vis maior*), D.19,2,27 pr. (diminuição da renda se as reparações do imóvel causassem uma considerável diminuição do seu uso) ou D.19,2,30 pr. (texto que será estudado *infra* I.3.2.1.2).

¹⁶¹ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 67; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 379.

¹⁶² *Landlords and Tenants*, cit., p. 67, especialmente nota 30.

¹⁶³ *De Beneficiis*, VII.V.2-3 (in *Libri De Beneficiis et De Clementia*, recensuit M.C. GERTZ, Berolini, 1876, pp. 140-141).

¹⁶⁴ “*Domus tibi ad Lucum Pisonis Liciniana conducta est. sed, ut spero, paucis mensibus post Kalend. Quinct. in tuam commigrabis. Tuam in Carinis mundi habitatores Lamiae conduxerunt*” – *Epistularum ad Quintum Fratrem*, 2,3,7 (in *Epistolarum ad Atticum Libri XVI. ad Quintum Fratrem III. ad M. Brutum Unus*, ex recensione JO. AUGUST ERNESTI, Wirceburgi, 1780, pp. 488-489).

FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 67, nota 30, considera que se trata de um depoimento ilustrativo do constrangimento social que um despejo acarretava, pois a necessidade de habitação permitiria ao locador a expulsão (C.4,65,3). É um argumento sedutor, mas com debilidades, uma vez que cai no puro domínio da especulação: antes de 214, data da referida *constitutio*, não há referências à necessidade do *locator* como fundamento de cessação antecipada do contrato, nada permitindo inferir que, no tempo de CÍCERO, já fosse aceite pelo *ius romanum*.

¹⁶⁵ A expressão é de FRIER (*Landlords and Tenants*, cit., p. 53): “*icy conservatism*”.

¹⁶⁶ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 53, nota 20.

¹⁶⁷ Lembre-se PAPINIANUS, que qualificou como fratricídio a morte de GUETA por ordem de CARACALA e se recusou a justificar juridicamente o acto criminoso, pagando tal atitude com a própria vida. Vide o relato em SEVERVS, 21,8 (in *Historia Augusta*, vol. I, Loeb Classic Library, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1921, p. 422): “*qui Papinianum, iuris asylum et doctrinae legalis thesaurum, quod parricidium excusare noluisset, occidit, et praefectum quidem, ne homini per se*

qualquer desvio penalizador (na verdade, poderia ser severa, mas não era um desvio)¹⁶⁸, tendo seguido as regras gerais aplicáveis a quem possuía uma *res* em nome alheio¹⁶⁹. Só a título excepcional foi prevista pelo direito romano a defesa interdital de quem não possuísse a *res* em nome próprio.

O *precario accipiens* não tinha direitos perante o *precario dans*, que a todo o momento poderia privá-lo da *res*, extinguindo o *precarium* através do *interdictum quod precario* e, mais tarde, da *actio praescripti verbis*, que tutelava os contratos inominados¹⁷⁰. Logo, não havia qualquer obrigação de proporcionar ou de defender o uso do precarista (que era possuidor em nome do *precario dans*¹⁷¹) contra terceiros: não podendo fazer valer direitos contratuais no caso de turbação ou esbulho¹⁷², o *precario accipiens* ficaria totalmente desprotegido¹⁷³, o que era especialmente grave no que respeita às concessões fundiárias que o patronato fazia aos seus clientes para fins de exploração agrícola¹⁷⁴. Daí a concessão da *possessio ad interdicta* (D.43,26,4,1: “...qui *precario habet, etiam possidere*”)¹⁷⁵.

et per scientiam suam magno deesset et dignitas” (embora seja apresentada outra versão dos factos em ANTONINVS CARACALLA, 8, in *Historia Augusta*, vol. II, Loeb Classic Library, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1924, pp. 20 e 22). Cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 397-398, e THEO MAYER-MALY, *Römisches Recht*, 2ª edição, Springer Verlag, Viena/Nova Iorque, 1999, p. 31.

¹⁶⁸ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 390; FRIER, *Landlors and Tenants*, cit., p. 178. Com o estilo acutilante que o caracteriza, remata ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 378: “... a mere action in personam for damages must often have been cold comfort for somebody who had just lost his home” (cf. também GENIUS, *Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 21, nota 4, e KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., p. 184).

¹⁶⁹ Novamente, PERNICE, *Parerga*, cit., p. 89.

¹⁷⁰ V.g., D.43,26,1 pr. (“*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*”), D.43,26,2 pr. (“*Ait praetor: “Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas”*”) e D.43,26,2,2 (“*Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*”). Vd. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 104, VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 275, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 388-389 e 400, CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 234.

¹⁷¹ Cf., designadamente, D.41,3,33,6, in fine (“*precarii rogatio non in hoc interponitur ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat*” – aquele que pede que a *res* lhe seja concedida não o faz para possuir, mas meramente para deter), e D.43,26,6,2 (segundo o qual quem possui é o concedente e não o precarista, que é equiparado ao usufrutuário, ao *colonus* e ao *inquilinus* – “*Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident*”): SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 104; VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 276, nota 569 da p. anterior; VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 464.

¹⁷² Contrariamente ao *commodatum*, falta ao *precarium* um regime de direitos e de obrigações. Nesta conclusão, VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 465.

¹⁷³ HARKE, *Römisches Recht*, p. 216.

¹⁷⁴ É patente, neste ponto, o paralelismo com a situação dos concessionários do *ager publicus*: HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 126; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 141 e 388; SASKIA T. ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic: A Social and*

O credor pignoratício, sendo possuidor em nome de quem prestou a garantia (D.41,3,13 pr.: “*Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus*”)¹⁷⁶, poderia ficar sem a possibilidade de satisfazer o seu crédito à custa da *res*. Com efeito, se aquele devedor não tivesse meios para cumprir, facilmente perderia o interesse em proteger a posse da coisa – e a garantia esfumar-se-ia. Para o evitar (e sem embargo de a *civilis possessio*, conducente à aquisição por usucapião, continuar a ser de quem entregou a coisa em penhor)¹⁷⁷, estendeu-se a tutela possessória a quem fosse titular de um crédito garantido pelo *pignus*¹⁷⁸, que acabava por ser o mais interessado na protecção da *possessio*¹⁷⁹, até porque tinha o direito de vender a *res* em caso de inadimplemento e precisava de conservar a posse para poder cumprir a eventual obrigação de a transmitir ao comprador¹⁸⁰. Por estas razões, e exceptuando a aquisição por *usucapio*, o credor pignoratício era o possuidor da *res* para todos os restantes efeitos, conforme estabelecia a continuação de D.41,3,16: “*quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet*”¹⁸¹.

Por seu turno, no *sequestum* (depósito de uma *res* que era objecto de litígio ou que viesse a encontrar-se em determinadas condições)¹⁸², não se sabia quem podia

Economic History of Ager Publicus in Italy, 396-389 BC, Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, p. 94. DANIEL J. GARGOLA, *The Gracchan Reforms and Appian's Representation of an Agrarian Crisis*, in LUK DE LIGT/SIMON NORTHWOOD, “People, Land, and Politics: Demographic Developments and the Transformation of Roman Italy, 300 BC-AD 14”, Brill, Leiden, 2008, p. 500, apresenta como possível a correlação entre o desenvolvimento da protecção interdital e a violência rural que marcou a época.

¹⁷⁵ HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht, últ. loc. cit.*; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 388; WESEL, *Geschichte des Rechts*, cit., p. 198; VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 276, nota 569 da p. anterior.

¹⁷⁶ Assim, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 47 e 170, e VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 274, nota 566 da p. anterior.

¹⁷⁷ Neste sentido, além do já citado fragmento da autoria de PAULUS (D.41,3,13 pr.), podem ser compulsados D.41,3,33,4 (“*Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est*”), D.41,3,16 (“*qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet*”) e D.41,2,1,15 (“*Per servum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem)*”) – vide SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 170, nota 3, VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 274, nota 566 da p. anterior, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 196, MAYER-MALY, *Römisches Recht*, cit., p. 56, e JUAN DE CHURRUCA, «*Pignus*», in “*Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener*”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 341 e 349.

¹⁷⁸ HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 126.

¹⁷⁹ Como referem, por exemplo, CHURRUCA, «*Pignus*», cit., p. 341, e CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 235.

¹⁸⁰ Cf. VOGLI, *Istituzioni*, cit., p. 337.

¹⁸¹ VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 274, nota 566 da p. anterior,

¹⁸² D.50,16,110 e -10,2,5. Cf., por exemplo, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 43, VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., pp. 285-286, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 220, e FERNANDO GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Figuras Especiales de Depósito*, in “*Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al*

requerer os meios de defesa da posse, já que se ignorava quem triunfaria na disputa ou estaria naquelas condições. A outorga de protecção interdital ao *sequester* (de que o normal depositário não gozava: GAIUS 4,153¹⁸³ e D.16,3,17,1¹⁸⁴)¹⁸⁵ foi, por um lado, a solução para que, antes da resolução do litígio, nenhum dos litigantes fosse beneficiado, adquirindo a *res* por usucapião¹⁸⁶; por outro lado, só deste modo o *sequester* conseguiria cumprir cabalmente as suas obrigações, evitando a perda da *res* depositada e entregando-a ao vencedor da disputa¹⁸⁷.

A análise de tais excepções reforça as conclusões de FRIER: o *ius romanum* estendeu a tutela possessória aos simples detentores da *res* quando isso foi absolutamente necessário para a prossecução das finalidades inerentes à situação de detenção¹⁸⁸ e o recurso aos meios obrigacionais (*maxime* contratuais) se mostrou inexistente ou, pelo menos, impraticável. O que nos parece que decorre de as detenções protegidas pelo *ius honorarium* revelarem uma “*certa independência*” que a posição do *conductor* não tinha¹⁸⁹: o *precarium accipiens* nada podia exigir a quem lhe concedia a *res*, correndo o risco de uma total desprotecção que não interessaria ao próprio concedente¹⁹⁰; o credor pignoratício tinha, em muitos casos, o principal interesse na conservação da posse e, em última análise, podia necessitar de a transmitir ao comprador para satisfação do seu crédito; o *sequester* devia guardar a coisa e mantê-la fora da posse dos depositantes para que nenhum deles adquirisse a sua propriedade. Já o

Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 286.

¹⁸³ “... *per eos quoque, apud quos deposuerimus (...) ipsi possidere uideur. et hoc est, quod uolgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione*”.

¹⁸⁴ “*Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est...*”: a propriedade e a posse mantinham-se com o depositante, a não ser nas situações de sequestro.

¹⁸⁵ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 43, e *O Depósito no Direito Romano. Algumas Marcas no Direito Português*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 40-41; GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Figuras Especiales de Depósito*, cit., pp. 286-287.

¹⁸⁶ O que resultava expressamente da parte final de D.16,3,17,1, onde se sublinhava que não corria o tempo para a posse dos contendentes: “... *id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*”. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 220; VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 337; GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Figuras Especiales de Depósito*, cit., p. 287; SANTOS JUSTO, *O Depósito no Direito Romano*, cit., pp. 65-66.

¹⁸⁷ HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 126; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 220; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 389.

¹⁸⁸ Nas palavras de CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 233, “*un soggetto, pur non possedendo in nome proprio a titolo di proprietà, doveva essere – perchè era estremamente opportuno che fosse – munito della protezione interdittale*”, o que ocorria com “*certi speciali detentori per i quali sussista una speciale ragione per far ciò*” (p. 237).

¹⁸⁹ Deste modo, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 196. Frise-se que se trata de uma “independência” (*rectius*, autonomia) da posição do detentor em relação à do possuidor, não se estando a apreciar o aspecto social ou económico.

¹⁹⁰ CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 235.

conductor dependia de um *uti frui licere praestare*, cujo inadimplemento o legitimava a responsabilizar o *locator*.

É manifesto que o locatário não dependia juridicamente do locador (recorde-se I.4,15,5), mas a sua detenção – e é nisto que se distinguia das detenções protegidas possessorivamente – dependia da cooperação do último, cuja recusa poderia dar azo a uma responsabilização. MEYNIAL sublinha, precisamente, este ponto: para o direito romano, o *dominus* era um constante intermediário entre o locatário e a *res*, sem o qual nenhuma relação se estabelecia entre estes. Daí derivavam a liberdade de expulsão do *conductor*, mediante uma responsabilidade pecuniária, e a não atribuição de protecção interdital¹⁹¹.

O preconceito social contra as classes mais pobres não era, pois, um dado relevante na questão. Os precaristas não tinham uma condição social menos modesta do que a generalidade dos arrendatários¹⁹² e, ainda assim, foram-lhes concedidos os meios possessórios¹⁹³.

¹⁹¹ ED. MEYNIAL, *Note Sur La Loi “Emptorem” C. loc. Cond. IV, 66, loi 9*, extrait des “Mélanges Gérardin”, Sirey, Paris, 1907, pp. 424-425.

¹⁹² Os precaristas eram, habitualmente, clientes que tinham deveres de lealdade para com o patrono que lhes cedia a terra. Podiam ser escravos manumitidos que continuavam sob a dependência do patrono, peregrinos que se submeteram (*deditio*) ou cidadãos livres que se subordinavam a um patrono (*applicatio*). A sua posição era de dependência jurídica mas, nos inícios da República, exceptuando os *libertus*, já se verificava, tão-só, uma dependência social. Vide KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 118-119.

A exploração do *ager occupatorius* (terreno conquistado ao inimigo e cedido a particulares) também era concedida a título precário, pois a parcela fundiária era *dominium* do povo de Roma e a autoridade pública podia revogar a concessão a qualquer momento. Os concessionários não tinham, pois, a *civilis possessio* e apenas beneficiavam da tutela possessória contra terceiros (SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 139 e 141; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 387-388; ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic*, cit., pp. 86-87, 89, 94-95, 107-108, 113-114), mas, ao contrário dos precaristas, eram oriundos, amiúde, das classes abastadas: cf. VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 138, nota 240, e SASKIA T. ROSELAAR, *Regional Variations in the Use of Ager Publicus*, in LUUK DE LIGT/SIMON NORTHWOOD, “People, Land, and Politics: Demographic Developments and the Transformation of Roman Italy, 300 BC-AD 14”, Brill, Leiden, 2008, pp. 582 e ss., e ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic*, cit., pp. 86-87.

¹⁹³ Como aponta MEYNIAL, *Note Sur La “Loi Emptorem”*, cit., p. 425 (“*Ce refus d’interdit est bien significatif, puisque la loi traite avec plus de confiance le précariste et que le précariste est souvent un homme de condition aussi modeste que le fermier*”).

3. A extinção do contrato pelo locador

3.1 – A livre extinção da *locatio conductio rei*

3.1.1 – A extinção do contrato como resultado de comportamentos materiais das partes

Não se verificou no seio do *ius romanum* uma sistematização dos modos de extinção da relação contratual, o que se manifestou na profusão e prolixidade terminológicas das fontes¹⁹⁴.

Tal não implicava, porém, que se desconhecêssem causas de extinção que recaíssem sobre todos os vínculos entre as partes: pense-se no *contrarius consensus*

¹⁹⁴ Como informa, por exemplo, PIETRO CERAMI, *Risoluzione (diritto romano)*, in “Enciclopedia del Diritto”, Vol. XL, Giuffrè Editore, Milão, 1989, pp. 1277-1278.

Seguindo o que escrevemos em *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 38, nota 100, poderemos concluir que essa falta de sistematização se explica pela inexistência da noção de relação obrigacional complexa, não se colocando o problema do tratamento científico da sua cessação.

No direito romano entendia-se a *obligatio* como relação obrigacional simples, traduzida no vínculo jurídico cogente que tinha como conteúdo uma prestação (implicando, claro está, o correspondente direito do credor). Nesse sentido depõem as definições que se cristalizaram em I.3,13 pr. (“*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”), D.44,7,3 pr. (que, contrapondo aquele vínculo aos direitos reais, descrevia o conteúdo da *obligatio*, dividido em *dare*, *facere* ou *praestare*: “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”) e, a propósito da definição de *actio in personam*, GAIUS 4,2 (“*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*”), de onde ressaltava a fonte contratual ou delitual da obrigação). Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 11-12 e 14; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, p. 68, nota 4; VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 19; VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., pp. 166 e ss.; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 191; ARNALDO BISCARDI, *La Genesi del Concetto Classico di «Obligatio»*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 20.

A concepção de relação obrigacional complexa surgiria no início do século XX, produto de um labor da jurisprudência e da doutrina alemãs marcado pelo contexto de crise do positivismo jurídico, com a necessidade de novas soluções para problemas aos quais o tradicional sistema de conceitos já não dava resposta: cf. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno* (tradução de A. M. BOTELHO HESPANHA), 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, pp. 591-593 e 597, e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, pp. 323-327 e 387-389. Recorde-se que o, então recente, BGB, no § 241 (e o mesmo se diga do art. 397º do Código Civil português, surgido sete décadas depois), dava da *Schuldverhältnis* (relação obrigacional) uma noção coincidente com a da *obligatio* – ERNST WOLF, *Zum Begriff des Schuldverhältnisses*, in “Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag”, N. G. Elwert Verlag, Marburg, 1961, pp. 197-198.

Sobre a relação contratual (o mais importante exemplo de relação obrigacional complexa) como estrutura unitária que tem como fonte o contrato e que compreende vários vínculos jurídicos unidos por um mesmo fim (o fim contratual), vide MOTA PINTO, *Cessão*, cit., pp. 330 e ss. Remetemos, também, para o que já investigámos, com mais desenvolvimentos, em *A Resolução*, cit., pp. 36-40

(que “*devia ter por objecto a extinção de todos os vínculos e não apenas de alguns*”¹⁹⁵), consagrado em D.43,6,80, *in fine*, para as obrigações nascidas de contratos consensuais (como a compra e venda e a locação)¹⁹⁶, e nos casos de desvinculação negocial unilateral previstos a propósito de vários contratos em especial (por exemplo, compra e venda, sociedade, mandato e precário)¹⁹⁷.

Também a cessação unilateral da *locatio conductio rei* pode ser apontada ao seu lado¹⁹⁸. Ressaltam, mais uma vez, as especificidades do tipo contratual, não só ao nível

¹⁹⁵ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 194.

¹⁹⁶ “*Aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*”. No mesmo sentido, I.3,29,4 (“*Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. nam si Titius et Seius inter se consenserunt ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est*”). Cf., v.g., FRANCISCO HERNÁNDEZ-TEJEIRO, *Extinción de las Obligaciones*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 213-214, e DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, cit., p. 18.

¹⁹⁷ Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 578, DANTE CALLEGARI, *Il Recesso Unilaterale dal Contratto*, G. Giappichelli Editore, Turim, 1939, p. 19, nota 1, e WERNER OGRIS, *Kündigung*, in HRG, vol. 2, Erich Schmidt Verlag, Berlim, 1978, cols. 1263-1264.

A *emptio-venditio* extinguiu-se quando o comprador exercesse a *actio redhibitoria*, concedida pelos edis curúis na hipótese de a *res* vendida (inicialmente escravos ou animais) sofrer de um vício oculto e não declarado, tendo como efeito as obrigações de restituição ao estado de coisas anterior à celebração do contrato (D.21,1,23,7: “*Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere*”); cf., por exemplo, VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., pp. 92-93, e CHRISTIAN HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 26 e ss..

O contrato de sociedade, assente no consenso das partes e perdurável apenas enquanto este persistisse, cessava mediante a *renuntiatio* de algum dos sócios (GAIUS 3,151: “*Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur*”); cf., v.g., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 78, CARMEN VELASCO, *La Sociedad*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 628, e HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, cit., pp. 33-34.

Por sua banda, o mandante podia revogar o *mandatum* (GAIUS 3,159: “*Sed recte quoque contractum mandatum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*”) e o mandatário, segundo a interpretação prevalecente, tinha a faculdade de a ele renunciar (D.17,1,22,11: “*Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit (renuntiare autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi) aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum*”). Vide, entre outros, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 83, REMO MARTINI, *Il Mandato*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 643-644, e HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, cit., pp. 34-35.

Finalmente, da própria noção de *precarium* resultava que a concessão duraria apenas enquanto o concedente consentisse (D.43,26,1 pr.: “*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*”), podendo o *precario* dans pôr-lhe termo a qualquer momento, tal como atrás se observou – cf. CALLEGARI, *Il Recesso Unilaterale dal Contratto*, cit., p. 22, nota 1 da p. 19, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 104, e VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 275, nota 569.

¹⁹⁸ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 578; HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, cit., pp. 31-33.

da terminologia, como pela necessária distinção entre contratos celebrados com ou sem determinação do seu prazo de duração.

Como regra geral surgia a livre cessação do contrato por qualquer das partes e sem necessidade de invocação de fundamentos ou de aviso prévio¹⁹⁹.

A locação extinguiu-se através de comportamentos unilaterais das partes (que se sujeitavam às eventuais consequências)²⁰⁰ e não por força de um acto jurídico²⁰¹: o *locator* poderia *pulsare* (D.19,2,54,1: “*si pulsatus esset*”), *expellere* (C.4,65,3 “*expelli non oportet*”), *expulsare* (C. 4,65,15: “*Si fundo a locatore expulsa es*”) ou *repellere* (D.7,1,59,1: “*conductorem repellere*”); ao passo que o *conductor* lograva *migrare* (D.43,2,1,4), *relinquere* (D.19,2,25,2: “*relinquere conductionem*”), *discedere* (D.19,2,54,1) ou *deserere* (D.19,2,24,2: “*si deseruerit habitationem vel fundi*”)²⁰².

Com efeito, se o *locator* não permitisse ao *conductor* a continuação da detenção da *res* o contrato cessava, como decorre, v.g., de D.19,2,15,8: apesar de estar obrigado a uma indemnização pelo *quod interest*, o locador não permitia a fruição da *res* (“*si forte dominus frui non patiatur*”)²⁰³.

Por outro lado, de acordo com D.19,2,60 pr.²⁰⁴, tendo sido dada em locação uma *domus* por vários anos, o locador devia proporcionar o seu gozo ao locatário para que estivesse apta a ser sublocada a 1 de Julho (início da época anual de arrendamento). Se, devido a reparações, a casa não pudesse ser usada ou mostrada a potenciais interessados no dia 1 de Junho (portanto, um mês antes da época de arrendamento), o locatário nada devia e não podia ser forçado a manter a casa; logo, ao não lhe ser proporcionado o gozo, o *conductor* procederia como se a locação já tivesse cessado²⁰⁵.

Quanto ao locatário, nada indica que não pudesse livremente abandonar o que lhe foi entregue em locação²⁰⁶ e tal comportamento consentia ao outro contraente a

¹⁹⁹ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 70.

²⁰⁰ MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione*, cit., p. 303.

²⁰¹ V. g., KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 568; HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, cit., p. 31.

²⁰² Por todos, MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione*, cit., p. 301.

²⁰³ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 73.

²⁰⁴ “*Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. Itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendis Iunii permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*”.

²⁰⁵ Neste sentido, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 70.

²⁰⁶ Como conclui FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 73, “*There is no hint in classical sources that the urban tenant was in any way directly prevented from abandoning his dwelling at any time*”.

consideração do contrato como extinto. Segundo D.19,2,24,2²⁰⁷, o *locator* poderia demandar imediatamente (“*statim agere*”) o locatário através da *actio locati* se este abandonasse (“*deseruerit*”) a casa ou o *fundus* que arrendara por cinco anos, exigindo-lhe todas as *pensiones* não pagas²⁰⁸ ou o pagamento integral da *pensio* convencional (quando esta devesse ser paga no fim do contrato, como parece resultar, por exemplo, de D.19,2,24,9,1).

Refira-se, por último, que as fontes também reconheciam ao proprietário (que podia não ser o locador) o direito de privar o *conductor* da *res*²⁰⁹. Tal estava previsto em D.19,1,53,2²¹⁰: o comprador podia proibir o locatário (inclusive, impunemente) de continuar a habitar na casa (“*emptor insulae habitatione impune prohibebit*”). No mesmo sentido, D.19,2,7 contemplava a hipótese de ser dada em locação casa alheia que, por sua vez, foi sublocada, vindo o proprietário a proibir tal situação (“*Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta tuque eandem sexaginta Titio locaveris et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta*”). Também o excerto de um livro de GAIUS contido presente em D.19,2,25,1 (e que será melhor estudado em sede da análise da regra impropriamente chamada *emptio tollit locatum*) previa expressamente a proibição, pelo adquirente do prédio, de que o locatário nele habitasse, embora este tivesse o direito de responsabilizar *ex conducto* o locador (“*alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*”)²¹¹.

3.1.2 – A indemnização por mero equivalente como consequência da extinção injustificada dos contratos celebrados com aposição de termo

Ainda que fosse acordado um período de vigência do contrato, como um dos possíveis *accidentalia negotii*²¹², a expulsão ou o abandono injustificados antes do

²⁰⁷ “*Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere*”.

²⁰⁸ Acompanha-se FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 71. Cf., também, MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione*, cit., pp. 302-303.

²⁰⁹ Seguir-se-á FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 73.

²¹⁰ Que já se analisou *supra* I.2.5, a propósito da detenção do locatário.

²¹¹ Já em D.43,17,3,3, o *dominus* do prédio atesta que não pretende impedir a habitação do locatário, mas apenas que ele não seja considerado possuidor (“*placuit testarique dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret*”).

²¹² Assim, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 535. Sobre os elementos acidentais, que modificam o conteúdo ou os efeitos de um negócio jurídico, sem sacrificar os elementos essenciais,

decurso do prazo mais não produziram do que a obrigação de indemnizar a contraparte por incumprimento²¹³. Indemnização que, sendo exigível através das *actiones locati e conducti*, era por mero equivalente e não implicava a reposição da relação locatícia²¹⁴.

A propósito dos efeitos do abandono pelo locatário, já o observámos em D.19,2,24,2. Mas podem ser compulsados, ainda, D.19,2,55,2 (“*Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur*”: aquele que, contra o convencionado e sem causa justificativa, abandonar antes de tempo o *fundus* que tomou de locação pode ser demandado pelo locador para pagamento da totalidade das *pensiones* devidas) e D.43,32,1,4 (“...*si conventio specialis facta est in conductione domus, ut non liceat ante finitum annum vel certum tempus migrare. Idem est et si quis in plures annos conduxerit et nondum praeterierit tempus. Nam cum in universam conductionem pignora sunt obligata, consequens erit dicere interdicto locum non fore, nisi liberata fuerint*”: não é lícito ao locatário abandonar a casa antes do prazo, mantendo-se por isso as obrigações de pagamento e não havendo lugar ao *interdictum de migrando*).

Quanto às consequências do exercício da *actio conducti*, recorde-se C.4,65,15: quando não fosse proporcionado o gozo da *res*, o locatário tinha direito à pena convencional²¹⁵. E, de acordo com D.19,2,24,4²¹⁶, o *colonus* a quem apenas fosse proporcionado o gozo do *fundus* a partir de certo momento, apesar de o *locator* já a isso estar obrigado antes, podia agir em relação a todo o período convencionado, pois

SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 191 e ss. (especialmente sobre o termo, 197 e ss.).

²¹³ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 24, MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione*, cit., p. 300, e FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 73 (referindo que a estipulação de prazo era irrelevante como obstáculo à extinção antecipada).

²¹⁴ Cf. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 216, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 70-71, WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 114, FILIPPO GALLO, *Sulla Presunta Estinzione del Rapporto di Locazione per Iniziativa Unilaterale*, in “*Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*”, vol. II, Editore Jovene, Nápoles, 1964, p. 1210, MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione*, cit., pp. 301-302, e WALENKA ARÉVALO CABALLERO, *La Locatio conductio Urbana: Peculiaridades*, in “*O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1013-1014, Autores que acompanharemos na resenha de fontes que se segue. Adiante será analisada a posição contrária (e claramente minoritária) de JHERING.

²¹⁵ Sobre o sentido da pena convencional no direito romano vejam-se, na literatura nacional, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 179, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão da edição de 1990), pp. 351 e ss..

²¹⁶ “*Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffectorus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. Item utiliter ex conducto agit is...*”.

certamente que arranhou alternativa e não teria de cultivar dois prédios. Assim, o *locator* não só não tinha o direito à *merces*, como podia ser responsabilizado *ex conducto* por aquilo que o locatário obteria se tivesse gozado a coisa (isto é, pelo lucro cessante)²¹⁷.

3.1.3 – Inexistência de obrigação de indemnização pela extinção dos contratos celebrados sem aposição de termo

Se a *locatio* fosse celebrada sem a estipulação de prazo de duração, nem lugar a indemnização por equivalente haveria: como os contraentes podiam pôr-lhe termo unilateralmente e a todo o tempo²¹⁸ (pois não se verificava qualquer necessidade de proceder a um aviso prévio)²¹⁹, não ocorria o incumprimento de qualquer obrigação²²⁰.

3.2 – As causas de licitude da expulsão antecipada do locatário

3.2.1 – Fundamentos justificativos

Nos contratos celebrados com aposição de prazo, era justificada a sua extinção antecipada em certas situações consideradas ponderosas, não existindo qualquer obrigação de ressarcimento de danos²²¹. Como já se apontou, e é evidente, o problema apenas se suscitava nesse tipo de contratos, uma vez que se não fosse determinado prazo não se colocava a questão da justificação ou, sequer, da cessação antecipada²²².

²¹⁷ Cf. LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 116.

²¹⁸ Cf. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 215, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 24, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 568, MOLNÁR, *Le Cause di Estinzione*, cit., p. 300, HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, cit., p. 32.

²¹⁹ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 70; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 24; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 568; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 537.

²²⁰ A existência de contratos sem estipulação de prazo é negada por GALLO, *Sulla Presunta Estinzione*, cit., pp. 1201 e ss.: o requisito da *merces* certa não era respeitado. Por isso, os contratos que estivessem nessas condições tinham o mesmo prazo de duração estabelecido para a *merces* (v.g., uma *merces* diária equivaleria a um contrato com duração de um dia). Os argumentos não são convicentes, uma vez que em GAIUS 3,142 exige-se uma *merces* certa (“*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi*”) mas não qualquer determinação de prazo, não sendo minimamente incompatível a determinação de uma renda certa (por exemplo, renda anual de x) enquanto o contrato durasse (embora não se soubesse por quanto tempo). No sentido que nos parece preferível, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 167-168.

²²¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 25.

²²² Cf. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 215, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 167, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 356, e GERARDO TURIEL DE CASTRO, *Acerca de la Resolución del Contrato de Arrendamiento de Vivienda por Necesidade del Arrendador*, in “Estudios Jurídicos In Memoriam del Professor Alfredo Calonge”, vol. II, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, p. 1051.

Num *rescriptum*²²³ do Imperador Antonino Caracala, de 214 (C.4,65,3)²²⁴, determinavam-se as hipóteses em que, cumprindo a obrigação de pagar a *merces* acordada, o locatário poderia ser expulso antes de decorrido o prazo do contrato:

“*Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es*”.

Parece claro que na génese da constituição está a consulta efectuada por alguém que, alegando ter tomado em locação um imóvel urbano (*Diaetae, quam te conductam habere dicis*) e cumprido a obrigação de pagar a renda (*si pensionem domino insulae solvis*), foi desalojado (ou sofria ameaça de desalojamento) do imóvel²²⁵.

Em resposta, o Imperador fixou que, na hipótese apresentada, o locatário não poderia ser expulso contra a sua vontade (*invitum te expelli non oportet*), a não ser (*nisi*) que:

- a) o proprietário demonstrasse que as dependências locadas eram necessárias para o seu uso próprio;
- b) o proprietário pretendesse proceder a reparações;
- c) o *conductor* se comportasse incorrectamente na *res* locada.

O facto de estarmos perante uma decisão de índole legislativa não deve fazer olvidar que o vertido em C.4,65,3 foi o produto de uma longa experiência decisória em sede da *actio conducti*, atento o carácter processual da formação de boa parte do direito romano²²⁶, o que se tornará mais claro de seguida, com uma análise dos vários fundamentos de extinção antecipada do contrato pressupostos ou previstos pela constituição.

²²³ Os *rescripta* eram leis do imperador, proferidas em resposta a “*consultas jurídicas dirigidas por magistrados, funcionários ou particulares*”, ou resultantes de uma pronúncia espontânea sobre dado problema – cf., por exemplo, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 85-86.

²²⁴ É uma excepção a posição de JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., p. 379, que atribui a constituição a Antonino Pio. Vide FRIDOLIN EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in SZR, 1890, pp. 29-30, e MARIO BATTAGLINI, *La Risoluzione del Contratto di Locazione per Necessità del Locatore nel Diritto Romano e Comune*, in “*Studi in Onore di Emilio Betti*”, vol. IV, Giuffrè Editore, Milão, 1962, p. 525.

Durante longo período, a constituição foi conhecida como “*lei Aede*”. Mas, desde a edição crítica de MOMMSEN/KRÜGER, concluiu-se que a primeira palavra do texto não era essa mas *diaetae* – cf. BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 523.

²²⁵ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 74, nota 46.

²²⁶ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 76.

3.2.1.1 – Falta de pagamento da *merces*

O *rescriptum* pressupunha implicitamente a existência de outro fundamento de expulsão. Referindo que, havendo pagamento da renda, o proprietário somente pode expulsar em três casos, torna-se perceptível que também era justificada a expulsão quando a *merces* não fosse paga²²⁷.

Em D.19,2,54,1²²⁸ previa-se, justamente, o estabelecimento de uma pena convencional para as hipóteses de, durante o prazo do contrato, o locador proceder ao despejo ou o locatário abandonar o *fundus*. Mas, se o *conductor*, que não pagou as *pensiones* de dois anos contínuos, exigisse a pena, o *locator* podia opor-lhe a *exceptio doli*. Logo, era justificada a expulsão do *conductor* que não pagou a renda²²⁹. Sendo certo que o parágrafo dizia respeito ao arrendamento rural, parece que a solução não diferiria para o arrendamento urbano, conforme o testemunho de MARCIAL²³⁰ sobre um despejo por falta de pagamento da renda²³¹.

O principal pomo de discórdia levantado por este fundamento de despejo reside na exigência de uma mora de dois anos, pondo-se a questão de saber se o direito clássico já estabeleceria semelhante requisito. Seguindo SALVATORE SCIORTINO²³²,

²²⁷ De argumento *a contrario* fala CLAUDE ALZON, *Problèmes Relatifs à la Location des Entrepôts en Droit Romain*, Éditions Cujas, Paris, 1966, p. 261, nota 1202.

²²⁸ “*Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. Quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem*”.

²²⁹ Cf. EMILIO COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, reimpressão anastática da edição de Turim (1915), “L’Erma” di Bretschneider, Roma, 1966, pp. 101-102; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 215; ALZON, *últ. loc. cit.*; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 74; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 356; JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., pp. 379-380; WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., pp. 113-114.

²³⁰ *Epigrammata Selecta*, 12-32 (*Select Epigrams from Martial*, with English Notes by F. A. PALEY and W. H. STONE, Whittaker and Co., 1868, pp. 418-419), onde se satiriza uma família que foi desalojada, uma vez que não pagou a renda de dois anos (*pensione pro bima*):

“*O Iuliarum dedecus Kalendarum,
Vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi;
Quas non retentas pensione pro bima
Portabat uxor rufa crinibus septem
Et cum sorore cana mater ingenti*”.

²³¹ Neste sentido, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 74-75.

²³² *Il Termine dell’Expulsio del Conduttore per Mancato Pagamento del Canone nella Locatio di Aedes e di Fundi*, in “Annali del Dipartimento di Storia del Diritto, Università di Palermo”, 2006, pp. 269-308, compulsado em www.unipa.it/dipstidir/pub/annali/2006/expulsio.doc, p. 5 (será esta a versão cujas páginas citaremos).

a análise do problema aconselha a que se distingam o arrendamento de prédios urbanos e o de prédios rústicos. Começemos pelo primeiro.

Adiantou-se já que a *locatio* urbana não foi contemplada directamente nas fontes quanto ao despejo baseado em falta de pagamento da *merces*, mas é seguro que ele foi admitido. E, ao que tudo indica, aí vigorou o requisito da mora durante dois anos. Assim o atesta o epigrama de MARCIAL, obviamente insuspeito de alterações²³³: Vacerra, o inquilino duramente satirizado, foi expulso, e a sua mulher, mãe e irmã carregavam os (insignificantes...) bens que o senhorio não quisera reter pelas rendas de dois anos (*pensione pro bima*).

Creemos, deste modo, que também se afastarão as dúvidas sobre a autenticidade do última parte de D.19,2,56, que impunha a observância de um período de dois anos para se poder efectuar a *perclusio locatoris* nos arrendamentos de armazéns (*horrea*) e de edifícios de apartamentos habitacionais (*insulae*): “Quando os seus arrendatários há muito estão ausentes e não pagam a renda relativa a esse período, e os proprietários dos armazéns ou apartamentos de habitação pretendem abri-los e inventariar o seu conteúdo, devem ser ouvidos pelos funcionários públicos competentes; em assuntos deste tipo deve-se observar um período de dois anos”²³⁴.

O texto tem sido objecto de múltiplas suspeitas de interpolação, às quais, na verdade, a frase “*Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari*” também não passou incólume. Destaque-se a análise de EISELE²³⁵, para quem: a indefinição de prazo presente na primeira frase do fragmento (“*dius*”) contrastaria com a precisão de “*eius temporis*”, o que só se justificaria por os compiladores já terem em mente o “*biennii*” da segunda frase²³⁶; “*nec eius temporis pensiones exsolventibus*” seria supérfluo, uma vez que, se o arrendatário estava ausente, seria lógico que não pudesse pagar a renda; a determinação temporal de dois anos obedeceria a um padrão análogo ao

²³³ Cf. PERNICE, *Parerga*, cit., p. 122, nota 7, COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 101-102, SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., pp. 3 e 13-14, e, embora manifestando dúvidas, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 74, nota 49 (“*There was perhaps a custom of allowing a maximum of two years' rent in arrears (Mart. 12.32; D. 19.2.56; cf. 54.1 on farm lease); but no clear legal rule can be made out*”).

²³⁴ “*Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus aperire et ea quae ibi sunt describere, a publicis personis quorum interest audiendi sunt. Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari*”.

²³⁵ FRIDOLIN EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in SZR, 1897, p. 22. JOSÉ LUÍS MURGA, *La Perclusio Locatoris como Vis Privata Legitima*, in RIDA, 1987, p. 246, nota 25, remete para aquele Autor quando refere que “*es possible que este plazo sea producto de una adición postclásica o justiniana*”.

²³⁶ Concordantemente, FRITZ PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in SZR, 1961, p. 57, nota 197 da p. anterior.

de outras passagens que teriam sofrido modificações dos compiladores, como D.13,5,21,1 (“*non minus decem dierum*” – não menos de dez dias) e D.43,19,1,2 (“*id est non minus quam triginta diebus*” – por não menos de trinta dias).

Em sentido próximo, FERRINI arrazoa que a passagem “è, *come forma e sostanza dimostrano ad evidenza, mero emblema*”²³⁷, ao passo que ALZON defende que o estilo empregado (sem apresentação de qualquer fundamentação) é próprio de uma decisão imperial e não da opinião de um jurisconsulto²³⁸.

MAYER-MALY²³⁹, endossando a opinião de EISELE, acrescenta que a solução do prolongamento da mora por dois anos está em contradição com D.39,4,10,1²⁴⁰ (da autoria do jurisconsulto pós-clássico HERMOGENIANUS), que previa a expulsão imediata, e C.4,66,2²⁴¹ (de 529), onde se determina um período de três anos de mora, sob influência de orientações justinianeias de política social. A consagração dos dois anos de mora teria sido uma interpolação, dentro de um lento percurso no qual de início era admissível a extinção imediata do contrato, mas em que em que acabaram por se conceder períodos de graça ao locatário inadimplente. O raciocínio sairia reforçado pelo facto de apenas em duas constituições post-*Codex*, relativas à enfiteuse eclesiástica, se ter voltado a adoptar a solução do biénio de tolerância antes da expulsão: N. 7,3,2²⁴² (de 535) e -120,8²⁴³ (de 544)²⁴⁴.

Avistam-se, todavia, fortes argumentos para votar no sentido da genuinidade do essencial do texto. Além dos elementos extra-jurídicos atrás apontados (o epigrama de MARCIAL), o segmento “*nec eius temporis pensiones exsolventibus*” não é uma excrescência, visto ser perfeitamente possível ao locatário pagar a renda durante a sua ausência, nomeadamente através de um terceiro²⁴⁵. Por outro lado, a formulação das

²³⁷ CONTARDO FERRINI, *Manuale di Pandette*, 3ª edição, Società Editrice Libreria, Milão, 1908, p. 703, nota 1.

²³⁸ *Problèmes*, cit., p. 119, especialmente nota 594.

²³⁹ THEO MAYER-MALY, *Das biennium von c. 3, X, 3, 18*, in SZK, 1955, pp. 413-414.

²⁴⁰ “*Non solutis vectigalium pensionibus pellere conductores necdum etiam tempore conductionis completo vel ab his usuras ex mora exigere permittitur*”: não tendo pagado as “*vectigalium pensionibus*”, os locatários eram expulsos, ou eram exigidos juros de mora, ainda que não estivesse completado o prazo contratual.

²⁴¹ “*...per totum triennium neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere*”: se durante três anos não foi paga a quantia devida, nem se entregam ao proprietário os recibos dos tributos, é lícito pretender expulsar do prédio o enfiteuta.

²⁴² “*... si in biennio continuo non exolverint emphyteoticum canonem...*”.

²⁴³ “*...aut per biennium non intulerit quod ab eo promissum est emphyteoticum aut locationis canonem...*”.

²⁴⁴ MAYER-MALY, *Das biennium*, cit., pp. 414-415.

²⁴⁵ Cf. DORA ALBA MUSCA, «*Lis fullonum de pensione non solvenda*», in LABEO, 1970, p. 308, nota 77, e SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 10.

determinações temporais de D.13,5,21,1 e -43,19,1,2 nada tem em comum com a que é feita no final de D.19,2,56, não sendo possível estabelecer qualquer padrão revelador de intervenção justinianeia, tanto mais que em textos reconhecidos como autênticos também se recorre a expressões como “*non minus decem dierum*” (D.5,1,69) ou “*non minus quantitate quam die*” (D.46,3,85)²⁴⁶. Pelo contrário, o trecho que encerra o fragmento denota uma terminologia clássica: o termo *biennium* é frequente e, por si só, não levanta suspeitas; a locução *huiusmodi re* surge em fontes que são tidas como genuínas (D.9,4,40 – “*furti actio cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit*”; D.43,13,1,4 – “*Oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem*”; D.5,4,3 – “*ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur*”); e o mesmo se diga de *debet observari* (por exemplo: D.20,1,9 pr. – “*idem observari debet*”; D.40,12,5,1 – “*quod et in pluribus patronis observari debet*”)²⁴⁷.

Como afirma MUSCA, “*eius temporis*” mostra uma intenção de determinar qual era o concreto lapso de tempo de não pagamento da renda abrangido pelo indefinido “*diu*”, relativo à ausência²⁴⁸. E, portanto, a alegada contradição entre a indicação de um *biennium* e a anterior vaguidade da referência ao longo período de afastamento do arrendatário (“*diu non apparentibus*”) poder-se-á explicar pelo contexto em que surge.

Na verdade, D.19,2,56 é um fragmento retirado da obra de PAULUS *De officio praefecti vigilum liber singularis*, um dos vários trabalhos da época dos Severos em que a jurisprudência estudou com minúcia as atribuições das magistraturas²⁴⁹, neste caso do *praefectus vigilum*²⁵⁰. Assim, na primeira frase estabelecia-se que a *perclusio* tinha como pressuposto um afastamento prolongado do arrendatário, durante o qual não pagou a renda; a segunda frase atesta que, em aplicação dessa directriz, o *praefectus vigilum* impunha ao senhorio, para poder exercer os seus direitos, um prazo mínimo de

²⁴⁶ De novo, SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 10 e nota 31.

²⁴⁷ Segue-se SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 10.

²⁴⁸ «*Lis fullonum de pensione non solvenda*», cit., p. 308, nota 77.

²⁴⁹ Sobre o ponto, GIANPAOLO URSO, *The Origin of Consulship in Cassius Dio's Roman History*, in HANS BECK/ANTONIO DUPLÁ/MARTIN JEHNE/FRANCISCO PINA POLO (org.), *Consuls and Res Publica: Holding High Office in the Roman Republic*, Cambridge University Press, 2011, p. 43.

²⁵⁰ O *praefectus vigilum* era o funcionário imperial que chefiava as sete *cohortes vigilum*, encarregadas do policiamento nocturno de Roma e da prevenção e combate aos frequentes incêndios – cf., por exemplo, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 75-76, especialmente nota 13, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 69, nota 247, e GEORGE MOUSOURAKIS, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2003, pp. 246-247.

dois anos de não cumprimento pelo *conductor*²⁵¹. Observada por este prisma, a disposição revela uma lógica interna²⁵² que dispensa como explicação o enxerto da parte final.

A opinião de MAYER-MALY não é, outrossim, de molde a impressionar: os textos oferecidos como exemplo de despejos por mora no pagamento não dizem respeito à *locatio*, mas à enfiteuse, figura com notórias especificidades, justificativas de diferenças de regime²⁵³. Até porque, ao invés de uma influência da enfiteuse sobre o regime da locação, é possível que a relação tenha sido a inversa, com a extensão da disciplina clássica da *locatio* (*in casu*, o termo de graça de dois anos) à enfiteuse justinianeia²⁵⁴.

Para parte da doutrina também o *biennii continui* de D.19,2,54,1, relativo ao arrendamento rural, é fruto de uma interpolação²⁵⁵. Porém, não é menos significativo o leque de opiniões que sustenta (ou, pelo menos, pressupõe) a genuinidade da solução²⁵⁶. Cremos que com razão: o âmbito de aplicação do texto é a *locatio de fundi*; como já se referiu, explicar eventuais interpolações com recurso a normas da enfiteuse não é metologicamente correcto²⁵⁷. E D.33,2,6 (fragmento insuspeito) demonstra que *biennium continuum* é de origem clássica (“*Si usus fructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit*”)²⁵⁸.

Apesar de não duvidar da genuinidade de D.19,2,54,1, SCIORTINO considera que, em sede de arrendamento rural, a expulsão por não pagamento da renda podia ser executada imediatamente. A expressão “*biennii continui*” ali contida diria respeito ao concreto *casus* analisado, no qual o *conductor*, Seius, não pagara a renda durante dois

²⁵¹ Vide, ainda que dubitativamente, a sugestão de FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 133-134. Já ADOLF SCHMIDT, *Das Recht der Superficies*, in SZR, 1890, p. 130, nota 1, chamava a atenção para tudo indicar que a disposição se referia a uma prescrição da autoridade pública.

²⁵² Neste preciso sentido, SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 9.

²⁵³ Cf. SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., pp. 9, nota 29, e 31, nota 92.

²⁵⁴ SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 31, nota 92.

²⁵⁵ Cf., por exemplo, MAYER-MALY, *Das biennium*, cit., p. 413 (a argumentação que apresenta vale quer para os arrendamentos urbanos, quer para os rurais), WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 114 (remetendo, no essencial, para MAYER-MALY), e GALLO, *Sulla Presunta Estinzione*, cit., p. 1211, nota 41.

²⁵⁶ Salientem-se PERNICE, *Parerga*, cit., p. 122, nota 7 (que, apesar de ter expressamente em conta a expulsão imediata constante de D.39,4,10,1, não põe em causa o prazo de dois anos), SCHMIDT, *Das Recht der Superficies*, cit., p. 130, nota 1, COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 102, HANS-CHRISTIAN PIETSCH, *Satisfaction nach der Litis Contestatio*, in SZR, 1952, p. 433, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 74, nota 49 (ainda que, como já se apontou, admita não ter certezas na matéria), e SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., pp. 21 e ss..

²⁵⁷ SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 24, especialmente nota 71.

²⁵⁸ PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, cit., pp. 56-57, nota 197; SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 24.

anos seguidos (“*Seius conductor biennii continui pensionem non solveret*”); mas a regra formulada na frase seguinte permitiria a expulsão assim que a obrigação não fosse cumprida. Estando o *casus* enunciado no singular, a respectiva solução era apresentada por PAULUS no plural, o que seria “*segno di una generalizzazione, di un mutamento di prospettiva che permette di tralasciare la considerazione del periodo di tolleranza biennale presente nella prima parte del discorso*”²⁵⁹.

Pensamos, todavia, que a interpretação tradicional do parágrafo se revela preferível. Como parece evidente, a solução do *casus* pressupõe o *biennium continuum* de incumprimento, uma vez não se entrevêm motivos para que esse lapso temporal fosse indiferente às *pensiones* não pagas referidas na última frase. Se a solução da parte final do fragmento abstraísse de uma suposta exemplificação anterior, não faria sentido empregar a palavra “*pensionibus*”, pois a falta de pagamento de qualquer *pensio* (inclusive uma só renda, relativa, v.g., a um ano) permitiria o despejo imediato. O uso do plural de *pensio* só é devidamente explicado pela pressuposição de vários períodos de mora. Ora, da própria lógica do preceito decorre que estes apenas podem ser os dois anos contínuos previamente mencionados.

SCIORTINO aventa, porém, que a alusão aos dois anos teria um “carácter paradigmático”: apenas incumprimentos particularmente graves (como, v.g., o que se arrastasse por um biénio) seriam suficientes para que o senhorio pudesse expulsar arrendatário²⁶⁰. Mas também este argumento não convence: em lado nenhum há a mais pequena indicação de que *biennium continuum* fosse uma exemplificação de circunstâncias de gravidade do inadimplemento, desde logo porque o texto se limita a aludir, sem qualquer outra exigência, às rendas não pagas (“*pensionibus satis non fecit*”). E, por todo o contexto do caso apresentado, tratava-se de rendas que dissessem respeito a dois anos.

Um pouco contraditoriamente com a tese de que o biénio se revestiria de carácter paradigmático da gravidade do incumprimento, o Autor aponta que, desde o século I, seria habitual (embora juridicamente não vinculativo) tolerar atrasos no pagamento da renda, dada a dificuldade de encontrar mão-de-obra que cultivasse os

²⁵⁹ SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., pp. 24-25.

²⁶⁰ SCIORTINO, *Il Termine dell'Expulsio*, cit., p. 25.

campos. A mora bianual constituiria uma tolerância de facto, mas não traduziria qualquer regra jurídica²⁶¹.

D.19,2,54,1 não confirma semelhante visão, ao apresentar os dois anos de mora como fundamento de despejo (ainda que tivesse sido convencionada pena por expulsão antecipada) e não como fruto da benevolência do locador. Por isso, se alguma evolução houve, ela concretizou-se numa recepção do período de tolerância (até aí mera prática social) pela disciplina do arrendamento rural, passando a integrá-la (recorde-se que o fragmento é da autoria de PAULUS, jurista da época clássica tardia, durante a qual o fenómeno certamente já se dera).

Por outro lado, SCIORTINO²⁶² recorre aos Basílicos como prova de que se admitia o despejo sem o decurso dos dois anos de mora: “*Si locator promiserit, se poenam praestaturum conductori, si eum expelleret ante completum quinquennium, impune eum expellit, si mercedem statuto tempore non solvat, vel fundum non utiliter colat, vel omnino non colat*”²⁶³.

De facto, essa previsão do não pagamento da *merces* no tempo estabelecido (“*si mercedem statuto tempore non solvat*”) não exige qualquer delonga de reacção. É lícito, portanto, conjecturar que os compiladores pós-justinianeus abstraíram do *casus* de Seius e limitaram-se a referir a solução do problema, que, afinal, prescindiria dos dois anos de mora. Mas não é menos lícito supor que a solução clássica era a do biénio (equivalente, aliás, à dos arrendamentos urbanos) e que os Basílicos, não a tendo seguido, a omitiram. Ou, até, que a passagem do Digesto foi interpolada, enquanto a colecção grega teria passado incólume a essa alteração e mantido a solução primitiva da expulsão imediata²⁶⁴.

Das três hipóteses, cremos que a segunda é a mais provável. Conforme já expusemos, tudo aponta para que o que até nós chegou em D.19,2,54,1 não seja fruto de interpolação. Logo, a diferença de soluções entre o texto justinianeu e os Basílicos não provém de uma maior fidelidade pós-justinianeia ao original. Este contém a solução, ditada por PAULUS, da concessão da *exceptio doli* ao locador a quem não foram pagas

²⁶¹ “*In sostanza, il ritardo biennale nel pagamento dei canoni poteva ben essere tollerato ma solo in punto di fatto, senza spostare la regola di diritto, affermata anche da D. 19.2.54.1, secondo cui l’inadempimento all’obbligo di pagare le pensiones alle scadenze prestabilite (intra tempora praefinita) legittimava il locatore a procedere all’expulsio del conduttore*” – SCIORTINO, *Il Termine dell’Expulsio*, cit., pp. 25-26.

²⁶² *Il Termine dell’Expulsio*, cit., p. 25.

²⁶³ BAS. 20,1,53 (tomo 2, p. 363).

²⁶⁴ Relembre-se, com SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., p. 511, nota 812, que “*Os Basílicos, em geral, estão menos interpolados e menos glosados que os textos ocidentais*”.

as *pensiones*. E se estas são referidas no plural, é porque, repita-se, dizem respeito a vários períodos: forçosamente, os dois anos contínuos a que o texto já aludira. Se os *Basílicos* aludem apenas a “*mercedem*” (acusativo singular do substantivo *merces*), conclui-se que já não se está a laborar na mesma hipótese do *Digesto* (dois anos de renda em atraso), mas na de qualquer renda em mora. Trata-se de previsões distintas, que justificam estatuições também distintas.

3.2.1.2 – Necessidade de realização de reparações na *res*

A realização de reparações na *res* locada, como causa justificativa da expulsão, também se encontrava prevista em outras fontes. Em D.19,2,30 pr.²⁶⁵ estabelecia-se que, se o proprietário demoliu a *insula* locada porque tal se mostrou necessário perante um vício da mesma, o locatário mais não conseguiria obter, em sede de *actio conducti*, do que aquilo que já pagara antecipadamente sem que lhe tivesse sido proporcionado o gozo; já se a demolição não se mostrou necessária, mas apenas visou proceder a uma construção melhor, o proprietário seria condenado ao pagamento de uma indemnização pelos danos sofridos pelo *conductor* com a saída dos sublocadores a quem cedera os vários *cenacula*²⁶⁶.

De tal precedente se poderá concluir que, para que o “*corrigere domum*” justificasse a expulsão do *conductor* ao abrigo de C.4,65,3, as reparações deviam revestir-se de um carácter urgente e indispensável²⁶⁷.

3.2.1.3 – Mau uso da *res*

Por sua vez, o mau uso da *res*, tal como estava consagrado no citado *rescriptum* de 214 (“*tu male in re locata versatus es*”), não tinha antecedente directo nos textos relativos à *locatio*. A figura do “*male versari*” surge a propósito da detenção de uma *res* alheia ao abrigo de relações jurídicas de forte cariz fiduciário, como a tutela e a curatela

²⁶⁵ “*Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere*”.

²⁶⁶ Cf. D. 19,2,35 pr., onde se distingue, igualmente, a demolição feita com, ou sem, necessidade (“*Et haec distinctio convenit illi, quae a servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est...*”). Vide GENIUS, *ob. cit.*, p. 25, nota 41.

²⁶⁷ Assim: COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 102-103; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 216; BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 536.

(D. 1,12,1,7: “*tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati*”), o depósito ou o mandato (D.3,2,6,6: “*si in deposito vel in mandato male versatus sit*”)²⁶⁸.

Contudo, na locação de *fundi* agrícolas já anteriormente era usual a convenção que estabelecia o direito de expulsar o *conductor* quando não cumprisse a sua obrigação de cultivar a terra²⁶⁹ – como resulta de D.19,2,51 pr. (“*Ea lege fundum locavi, ut, si non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret*”²⁷⁰) e de D.19,2,54,1 (“*esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret*”²⁷¹)²⁷². Deste jeito, poder-se-á pensar que a constituição contida em C. 4,65,3 alargou o direito de expulsão em caso de violação do dever de cultivo, dispensando um prévio acordo das partes nesse sentido²⁷³. Mas a conclusão é problemática, uma vez que a estatuição imperial se debruçou sobre um problema derivado do arrendamento de *diaetae* e não de prédios rústicos.

Também é plausível que a questão do risco de incêndio fosse relevante na concretização do mau uso, conducente à expulsão do *conductor*. Sintomaticamente, as fontes estabeleciam que o *praefectus vigilum* devia alertar o *inquilinus* para não dar origem a incêndios por negligência e para a obrigação de ter água no *cenaculum*²⁷⁴. A importância da matéria é revelada, aliás, pelo recurso a cláusulas contratuais que regulavam o uso do fogo no espaço arrendado (cf. D.19,2,9,3, quanto ao arrendamento rural²⁷⁵, e D.19,2,11,1²⁷⁶), ao que acresce a *lex locationis* registada em D.19,2,11,4, que proíbe ao *conductor* de uma *villa* urbana o acondicionamento de feno²⁷⁷.

²⁶⁸ Segue-se FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 75.

²⁶⁹ Obrigação consagrada, nomeadamente, em D.19,2,25,3 (“*Et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret*”) e P.S.2,18,2 (*Fundi deterioris facti et culturae non exercitatae et aedificiorum non rectorum culpa arbitrio iudicis domino a conductore sarciri potest*).

²⁷⁰ Isto é, foi convencionado que, se o *fundus* não fosse cultivado, seria lícito ao locador voltar a dá-lo em locação.

²⁷¹ Ou seja, se foi acordado que o *locator* não expulsaria o *colonus* durante o prazo da locação, entende-se que as partes partiram do pressuposto do cumprimento dos deveres de pagar a renda e de cultivar o prédio.

²⁷² Vide COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 102; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 215; WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 113; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 75.

²⁷³ MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 215. Da mesma forma, considerando que o *male in re versari* compreendia o não cultivo da terra do modo devido, BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 536.

²⁷⁴ Cf. D.1,15,3,3 (“*...ut curam adhibeant omnes inquilinos admonere, ne negligentia aliqua incendii casus oriatur*”) e -1,15,3,4 (“*Praeterea ut aquam unusquisque inquilinus in cenaculo habeat, iubetur admonere*”). Recorde-se a função de combate aos incêndios cometida ao *praefectus vigilum*.

²⁷⁵ “*Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator...*”: se foi previsto no contrato que apenas poderia ser usado fogo que não causasse dano, o risco de incêndio causado por caso fortuito não onerará o locador.

Atento este quadro (composto por elementos de ordem pública e por uma forte penalização do *conductor* que utiliza o fogo em contravenção à *lex locationis*, ao ponto de responder pelos danos provocados por caso fortuito), pode conjecturar-se que os comportamentos abusivos e que envolvessem perigo de incêndio constituíam fundamento legítimo de expulsão do locatário²⁷⁸.

Assinale-se, porém, que, nos antecedentes da disciplina do *rescriptum* antoniniano, não surgiam justificações baseadas na infracção de outros deveres contratuais ou, sequer, na conduta imoral do locatário. Nada sugere que o “*male versari*” de C.4,65,3 os abrangesse²⁷⁹. A opinião contrária é sustentada por BATTAGLINI²⁸⁰: seria fundamento de cessação antecipada da locação a manutenção de um lupanar no imóvel, uma vez que em N.14,1²⁸¹ se sanciona com a pena de dez libras de ouro o proprietário que mantém em sua casa um alcoviteiro, não o expulsando. Mas, além de o Autor se escorar em interpretações elaboradas no direito intermédio²⁸², nenhum texto permite concluir com segurança que, em sede de *locatio conductio rei*, as práticas contrárias à moral legitimassem a cessação antecipada do contrato. A pena das dez libras disso não é sinónimo ou, sequer, indício, tratando-se de uma questão de ordem pública e não de natureza contratual. Em todo o caso, mesmo que se acolha a hipótese, nenhum outro caso de imoralidade pode ser convocado, com base nas fontes, como mau uso.

²⁷⁶ “*Si hoc in locatione convenit "ignem ne habeto" et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. Aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innocuum, ignem*” – a *lex locationis* determina que é proibido fazer fogo; por isso, o incêndio decorrente da violação da proibição, ainda que causado por caso fortuito, faz incorrer o *conductor* em responsabilidade.

²⁷⁷ “*Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: ...*”. Mas, se acabou por ser acondicionado feno e um escravo o incendiou, segundo LABEO o locatário pode ser responsabilizado *ex conducto*, pois violou a proibição contratual – “*composuit: deinde servus igne illato succendit. Ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebeuit inferendo contra conductionem*”.

²⁷⁸ Nesta conclusão, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 75.

²⁷⁹ Vide FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 75-76.

²⁸⁰ *La Risoluzione*, cit., pp. 536-537.

²⁸¹ “*Si quis autem patiatur in sua domo quendam lenonem et huiusmodi praepositum operationis habere et haec denunciata cognoscens non de domo sua expulerit, sciat etiam decem librarum auri sustinere poenam et circa ipsam periclitaturum habitationem*”.

²⁸² V., aliás, COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 102, nota 4: a questão surge com os Glosadores e é continuada pelos Comentadores. Ao longo da análise da tradição romanista verificar-se-á que o direito comum romano-canónico foi acolhendo as práticas imorais e ilícitas como mau uso.

3.2.1.4 – Necessidade da *res* para uso do locador

Dificuldades particulares são levantadas pela expulsão justificada por necessidade da *res* para uso do locador. Na verdade, não existem antecedentes que a contextualizem, nem quaisquer outras fontes lhe fazem referência²⁸³. Alguns pontos, contudo, merecem análise.

Em primeiro lugar, levanta-se o problema do âmbito de aplicação deste fundamento. BATTAGLINI, apesar de reconhecer que a opinião contrária é genericamente acolhida “*da tutti i pratici*”, entende que a necessidade se limitava à locação de habitações urbanas, pois a constituição referia-se a *diaetae*²⁸⁴. A estrutura própria de um *rescriptum* (que só tinha eficácia *sub iudice*, aplicando-se paulatinamente a casos análogos)²⁸⁵ e o facto, que já se indicou, de não se conhecerem mais textos sobre a matéria, levam a concordar com a posição deste Autor. Conforme os dados disponíveis, tratou-se de uma disciplina inovadora, não havendo indícios da sua aplicabilidade a situações não previstas.

Por outra banda, a expulsão apenas era consentida se visasse os *usus proprii* do *dominus*, isto é, os seus usos pessoais²⁸⁶ – note-se, a propósito, a contraposição entre o “*virii et uxoris communis usus*” e o “*proprio usui uxoris*” estabelecida em D.34,2,10²⁸⁷.

Os usos pretendidos tinham, ainda, de se afigurar vital, incontestável (“*necessariam esse*”)²⁸⁸. Eram, assim, excluídos usos meramente secundários²⁸⁹. E, como FRIER aponta²⁹⁰, de D.19,2,30 pr. pode ser extraído um poderoso argumento de que o mero aproveitamento mais rentável do prédio não era suficiente como justificação: relembramos que, segundo aquele texto, a demolição que visasse apenas uma melhoria de construção não era considerada necessária e fazia o proprietário incorrer na obrigação de pagar o *id quod interest* do locatário.

Na falta de outra indicação, crê-se ser também de aceitar que a necessidade podia ter sido prevista pelo proprietário quando deu em locação o imóvel²⁹¹. A perspectiva contrária baseia-se no pressuposto de que a necessidade teria de ser

²⁸³ COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 103: “È la ricognizione di codesta causa quella che costituisce la novità della ricitata costituzione”.

²⁸⁴ *La Risoluzione*, cit., p. 540.

²⁸⁵ V.g., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 86, nota 329.

²⁸⁶ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 539.

²⁸⁷ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 76.

²⁸⁸ Cf. BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 537, e FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 76.

²⁸⁹ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 76.

²⁹⁰ *Últ. loc. cit.*, especialmente nota 54.

²⁹¹ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 76, nota 53.

originada por uma *vis maior* – e que, portanto, não era antecipável (por exemplo, incêndio ou terramoto)²⁹². Nada, porém, que seja minimamente imposto pelo teor da constituição, não obstante a solução adoptada no direito intermédio²⁹³, nomeadamente pelas Decretais, que exigiam que a necessidade não fosse iminente ao tempo da celebração do contrato (X.3,18,3: “*si necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempori*”). Veja-se, também, e ainda a título de exemplo, a glosa *Necessariam* a C.4,65,3: “*Necessariam, intelligem quando post locationem ex inopinato supervenit necessitas*”²⁹⁴.

3.2.2 – A obrigação de indemnização em todos os casos de expulsão antecipada não previstos: a importância de C.4,65,3 na evolução da protecção do arrendatário

COSTA considera que a *constitutio* enfraqueceu gravemente a posição do *conductor*, uma vez que consagrou uma justificação de expulsão (a necessidade do prédio para uso do *dominus*) que anteriormente não existia²⁹⁵.

Mas, uma vez que a matéria da duração do contrato estava na disponibilidade das partes²⁹⁶, mostra-se plausível, em sentido oposto, que o objectivo de C.4,65,3 tenha sido a protecção do *conductor* perante cláusulas da *lex locationis* que, de forma sistemática, beneficiavam o locador e lhe permitiam pôr termo, antecipada e discricionariamente, à locação²⁹⁷. Se antes era possível convencionar outros fundamentos de cessação, o *rescriptum* limitou a justificação da expulsão antecipada do *conductor* a determinadas circunstâncias²⁹⁸. A própria necessidade da *res* devia ser

²⁹² Assim, BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., pp. 537-538.

²⁹³ Invocada por BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 538, e TURIEL DE CASTRO, *Acerca de la Resolución del Contrato de Arrendamiento de Vivienda por Necesidade del Arrendador*, cit., p. 1050.

²⁹⁴ Cf. ACÚRSIO, *Codicis Iustiniani ... Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis ...*, Tomus Quartus, novem priores Codicis libros continens, Ex officina Rouill. Sumptib. Andreae & Iacobi Prost, Lugduni, 1627, col. 1085.

²⁹⁵ *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 103.

²⁹⁶ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 344.

²⁹⁷ TURIEL DE CASTRO, *Acerca de la Resolución del Contrato de Arrendamiento de Vivienda por Necesidade del Arrendador*, cit., p. 1050; BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 531; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 25; SANTOS JUSTO, *A Locatio-Conductio Rei*, cit., p. 34; ADELA LÓPEZ PEDREIRA, *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum: de las Fuentes Romanas Hasta el Actual Proyecto de Armonización Europea*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 83.

²⁹⁸ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 531; SANTOS JUSTO, *A Locatio-Conductio Rei*, cit., p. 34.

demonstrada pelo *dominus* (“*eam probaverit*”), a quem não bastava alegar a convenção das partes que o previsse²⁹⁹.

Como consequência da expulsão antes do decurso do prazo estabelecido, mas ao abrigo de uma das causas de C.4,65,3, o *conductor* tinha o direito à restituição proporcional daquilo que tivesse pagado antecipadamente e que correspondesse ao período de tempo em que ficasse privado da *res* – como se infere da passagem de ALFENUS presente em D.19,2,30 pr. (“*pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari*”), a propósito da necessidade de demolição da *insula*³⁰⁰. Tratava-se, no fundo, de uma solução idêntica à do regime geral do risco na locação, que excluía qualquer indemnização³⁰¹.

Já a expulsão antecipada que não se baseasse na falta de pagamento da renda, na realização de reparações necessárias, no mau uso da *res* ou na necessidade do imóvel para uso do proprietário, sendo ilícita, conferia ao locatário, como já foi visto, o direito a uma indemnização pelos prejuízos decorrentes da privação do gozo contratualmente estabelecido, exigível através da *actio conducti* – recordem-se C.4,65,15 e D.19,2,24,4.

O cálculo desse valor indemnizatório está ilustrado em D.19,2,28,2 (*Labeo libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*)³⁰²: se o *locator* não permitia ao *conductor* entrar no gozo da *res*, tendo o último de tomar em locação outra casa para habitar, aquele estava obrigado a prestar o que teria proporcionado se não fosse o seu comportamento doloso. Todavia, se o locatário obtivesse habitação gratuita, haveria que fazer a correspondente dedução.

Significa isto que o locador poderia ser obrigado a pagar o custo de uma casa equivalente durante o período em causa³⁰³. Mas LABEO teve em vista a responsabilidade pela situação a que o locatário foi conduzido³⁰⁴, de tal modo que nada lhe seria devido se a habitação que conseguiu fosse gratuita³⁰⁵, considerando-se que não

²⁹⁹ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 532.

³⁰⁰ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 76.

³⁰¹ Vide ALZON, *Problèmes*, cit., p. 268, nota 1234.

³⁰² “*Idem iuris esse, si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret. Sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset et is in qua habitaret conduxisset, tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset. Ceterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse*”.

³⁰³ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 77; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., pp. 155-156; ALZON, *Problèmes*, cit., p. 280, nota 1287 da p. anterior.

³⁰⁴ MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 156.

³⁰⁵ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 77.

sofreu dano³⁰⁶. O *id quod interest* cifrar-se-ia, aí, na diferença entre a *merces* acordada e o que o locatário despendeu a mais com a renda da habitação alternativa³⁰⁷.

Uma importante voz pôs em causa, no entanto, que a sanção para a expulsão injustificada pudesse ser, somente, a indemnização por mero equivalente: referimo-nos a JHERING, para quem a constituição tinha a virtualidade de permitir ao locatário, *ex conducto*, a restituição do gozo da res. De outro modo: seria vedado ao *locator* obter o despejo antecipado em contrapartida de uma soma monetária.

Ao delimitar causas de legitimação da extinção antecipada, a constituição imperial conservada em C.4,65,3 apenas poderia ter como finalidade atribuir ao *conductor* o direito de obter judicialmente a entrega do imóvel, transformando a *actio conducti* num meio possessório; se assim não fosse, o *rescriptum* não passaria de uma “espadeirada na água”, não se cumprindo a sua evidente função de melhorar a posição jurídica do arrendatário (o “*pulchrum ius constitutio continet*” a que fazem referência os Basílicos, na tradução latina³⁰⁸)³⁰⁹.

Como fundamento desta posição, JHERING traça aquela que crê ser a evolução da situação possessória do locatário no direito romano. O direito antigo não reconhecia a posse do *conductor*, mas D.43,16,12 permitiu ao *colonus* lançar mão do *interdictum unde vi* em certas circunstâncias. Ora, a *constitutivo* contida em C.4,65,3, numa linha gradativa de protecção do arrendatário, teria transformado a excepção em regra: a tutela possessória, que naquele fragmento da autoria de MARCELLUS era dispensada dentro de apertados limites, teria sido amplamente alargada e apenas não se verificaria quando se preenchesse algum dos quatro motivos de expulsão antecipada³¹⁰.

Seguindo a metodologia traçada por GENIUS³¹¹, reservaremos o estudo de D.43,16,12 para a secção dedicada às consequências da transmissão do direito do locador. Quedemo-nos, para já, pela análise da teoria construída por JHERING a propósito da *constitutio*.

Na verdade, a exegese das fontes não a corrobora. C.4,65,3 continuou rodeada por textos que mantinham a *actio conducti* como meio processual com carácter *in personam*, através do qual apenas poderia ser exigida ao *locator* uma indemnização por equivalente. Assim, se o direito de expulsão imediata em contratos celebrados a termo

³⁰⁶ ALZON, *Problèmes*, cit., p. 280, nota 1287 da p. anterior.

³⁰⁷ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 77, nota 56.

³⁰⁸ BAS. 20,1,65, p. 369 (tomo 2).

³⁰⁹ *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., pp. 379-381.

³¹⁰ *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., pp. 381-384.

³¹¹ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26.

foi restringido às hipóteses previstas pela constituição, tal significa que as expulsões por elas não justificadas gerariam sempre uma obrigação de ressarcimento dos danos sofridos pelo locatário. A possibilidade de cessação unilateral do contrato não foi, contudo, beliscada³¹².

Acresce que o pretendido pelo Autor acaba por não ter guarida nos Basílicos: a qualificação como *pulchrum*, em BAS. 20,1,65, do *ius* contido em C.4,65,3, não implica que se tenha colocado o locatário ao abrigo do risco de expulsão *ad nutum*. A expressão pode justificar-se perfeitamente sem essa interpretação: não se esqueça que, antes da intervenção legislativa, como vimos, a liberdade contratual permitiria que a *lex locationis* contivesse outros fundamentos de expulsão em desfavor do *conductor*, tornando lícito o despejo antecipado e, por consequência, retirando àquele contraente um direito de indemnização. Com a oposição do *rescriptum* de Caracala a semelhantes disposições, a melhoria da situação do arrendatário foi, apesar de tudo, notória.

Aliás, no escólio de THEODORUS que recai sobre aquele texto³¹³, afirma-se: “*Sed et si praeter has causas conductor expulsus sit, poenam, quam praestari placuit, actione ex conducto exiget, vel eam ex pensione retinebit*”. Portanto, mesmo na interpretação bizantina, o direito do credor fundado numa expulsão, para além das previstas na *constitutio*, é o de exigir, através da *actio conducti*, o pagamento da pena que se tenha estabelecido ou as *pensiones* retidas.

Objecto de intenso debate é o carácter genuíno de C.4,65,3. Dedicar-nos-emos a ele porque, acima de tudo, a génese e o contexto do preceito nos parecem importantes para a delucidação das tendências evolutivas da protecção do *conductor*.

Não falta quem considere que o *rescriptum* foi interpolado pelos compiladores justinianeus. O iniciador desta orientação, EISELE, apresenta três argumentos fundamentais: a expressão *corrigerere domum*; o uso de *malle* (“*maluerit*”), ao invés de

³¹² Nesta conclusão, e contra JHERING, vejam-se PERNICE, *Parerga*, cit., p. 97 (nota 2 da p. anterior), e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26. Já EISELE, *Beiträge* (1890), cit., pp. 29-30, dentro do pressuposto de que a constituição sofreu profunda interpolação, considera que o Autor levou a cabo um esforço desnecessário.

Chegando a resultados próximos dos de JHERING, pelo menos no que diz respeito à expulsão baseada na necessidade do imóvel, BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 538, afirma que, se tal necessidade já existia no momento da celebração do contrato, o juiz não devia condenar o locador ao pagamento de uma quantia, mas restituir ao *conductor* o gozo da *res*. Pelo já exposto, ambos os pressupostos (superveniência da necessidade e possibilidade de restituição judicial do gozo) parecem-nos de repudiar.

³¹³ *Loc. cit.*.

velle; e a referência à prova da necessidade, já que uma prova apenas conduz ao triunfo processual e não ao efeito jurídico pretendido³¹⁴.

Na sua esteira, BATTAGLINI aduz que “*corrigere*” não é utilizado em qualquer outro texto a propósito da reparação de uma casa, mas, sim, em relação à correcção de erros de escrita ou de índole moral – o que denotaria um estilo metafórico e empolado, próprio dos compiladores³¹⁵. Por outro lado, o emprego de “*probaverit*”, no sentido de “fazer prova”, também seria justinianeu, como se demonstraria em outras passagens, designadamente I. 1,25,15 (“*Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur*”)³¹⁶.

Parece, contudo, que pode ser afiançado o carácter clássico do texto³¹⁷.

A utilização de “*corrigere*” naquele sentido, sendo isolada³¹⁸, não pode servir de indício de que seria da lavra dos compiladores³¹⁹: como aparece uma única vez, é impossível estabelecer qualquer padrão ou estilo imputável àqueles³²⁰.

Também o termo “*malluerit*”, ao contrário do que defende BATTAGLINI³²¹, não pode ser tomado como um sinal estilístico de intervenção compilatória; *malluit* já se encontra em escritos da época clássica, ainda que de cariz não jurídico (por exemplo, PLUTARCO, *Sylla*, XXIII: “*malluit cum Sylla amicitiam jungere*”³²²)³²³.

Finalmente, ainda como objecção às conjecturas de EISELE, diga-se que o raciocínio de que a causa de expulsão é a necessidade, e não a prova da necessidade, é uma minudência argumentativa de pouca valia³²⁴ e, como BATTAGLINI não deixa de reconhecer, tortuosa³²⁵.

³¹⁴ *Beiträge* (1890), cit., p. 30. Concordantemente, HENRY MONNIER, *Études de Droit Byzantin – Méditation sur la Constitution ‘EKATEPQI et le Jus Poenitendi*, in NRHDFE, 1900, p. 210, nota 2.

³¹⁵ *La Risoluzione*, cit., pp. 527-528.

³¹⁶ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 528.

³¹⁷ Assim, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 568, nota 48.

³¹⁸ Cf., por todos, as informações de BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 528, nota 14.

³¹⁹ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 73, nota 45.

³²⁰ Sobre o critério filológico de descoberta de interpolações, *maxime* através do estilo dos compiladores, e a ponderação com que deve ser usado (pois nem tudo o que é menos perfeito pode ser automaticamente assacado aos juristas justinianeu), vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 513-514.

³²¹ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 528.

³²² In *Vitae, Secundum Codices Parisinos Recognovit* THEOD. DOEHNER. Graece et Latine Volumen Primum, Parisiis, 1857, p. 558.

³²³ Neste sentido, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 74, nota 45 da p. anterior. V., aliás, a admissão, por BATTAGLINI, da pouca consistência do argumento (*La Risoluzione*, cit., p. 529).

³²⁴ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 74, nota 45 da p. anterior.

³²⁵ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 528: “*il ragionamento dello Eisele è un poco contorto*”.

Mas a melhor refutação da tese da existência de interpolação é, a nosso ver, a reconstituição do texto a que procedem os seus sequazes.

Segundo MONNIER³²⁶, o *rescriptum* pretendeu pôr à disposição dos proprietários um *ius poenitendi* especial quando tivessem dado *diaetae* em locação por tempo determinado e necessitassem do imóvel. Assim, e atendendo aos argumentos de EISELE, a versão genuína da constituição seria: “*Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet*” – tudo o que se segue teria sido adicionado na época justinianeia³²⁷.

Ora, esse argumento apenas colheria, justamente, quanto à necessidade para uso do proprietário, causa de despejo introduzida no *ius civile* pelo *rescriptum* que conhecemos através de C.4,65,3. Já os dois restantes fundamentos de expulsão (também suprimidos por MONNIER na sua reconstituição) correspondem inteiramente ao pensamento clássico, pelo que a sua qualificação como interpolação merece as maiores reservas, como bem nota COSTA³²⁸.

Partir do princípio de que, desde “*oportet*”, houve interpolação, implicaria que, no direito clássico, o único fundamento de expulsão antecipada fosse a falta de pagamento da renda. Teriam sido, então, os compiladores a alargar o leque de causas legítimas de expulsão, nele incluindo hipóteses já reconhecidas em outros textos da época clássica... Como é evidente, se o pensamento clássico está em coincidência com a consagração da realização de reparações e do mau uso como causas legítimas de expulsão, não há qualquer motivo para não se tomar como genuína a versão da constituição antoniniana que chegou até nós.

De facto, uma norma clássica que apenas consentisse o despejo antecipado por falta de pagamento da renda seria profundamente contraditória com textos como os contidos em D.19,2,54,1, -19,2,30 pr. e -19,2,51 pr., que também admitiam a expulsão por não cultivo e para efeitos de demolição do prédio. E tal contradição é índice seguro de que a reconstituição de MONNIER não pode ser aceite.

Se tomarmos como boa a premissa de que o texto da constituição presente em C.4,65,3 pretendeu beneficiar o *conductor*, protegendo-o de cláusulas contratuais que deixassem a sorte do contrato nas mãos do locador, torna-se paradoxal a aceitação de que a sua suposta versão original apenas admitiria o despejo por falta de pagamento da

³²⁶ *Méditation*, cit., p. 210.

³²⁷ MONNIER, *Méditation*, cit., p. 210, nota 2. Concordantemente, BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 532.

³²⁸ COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 103.

merces. É que, nesse caso, a modificação justinianea até teria piorado a situação do locatário que se registava no direito clássico, com a ampliação do número de causas de expulsão justificadas.

É precisamente esta a antinomia em que, se bem vemos as coisas, cai BATTAGLINI. O Autor aponta o alívio da aspereza imposta aos locatários como o objectivo de Justiniano que estaria na génese da interpolação. Mas, simultaneamente, concorda com a reconstituição elaborada por MONNIER³²⁹, sem se aperceber de que, se a interpolação existisse, teriam sido acolhidos mais fundamentos de despejo justificado do que no suposto texto original – o que, repita-se, só poderia ser desfavorável ao *conductor*³³⁰. Mais uma razão para se depreender que o *rescriptum* teve apenas uma versão, especialmente porque uma viragem ulterior em desfavor do arrendatário se revela de todo improvável.

A solução presente em C.4,65,3 foi, assim, um passo decisivo para o respeito da efectividade da posição jurídica do arrendatário. É certo que acrescentou um fundamento de despejo antecipado (a necessidade da *res* para uso do senhorio) e que não impediu a possibilidade de expulsões injustificadas. Mas determinou (e imperativamente) que, fora das suas hipóteses, qualquer expulsão do arrendatário antes do prazo acordado seria ilícita – e, portanto, sujeita a uma indemnização, ainda que por equivalente. Em 214, lançou-se a raiz da obrigação de o senhorio não poder impor fundamentos resolutivos além dos previstos na lei; no futuro, apenas se teve de mudar a sanção.

3.3 – Os meios de expulsão do locatário

3.3.1 – A autotutela

Questão distinta da *possibilidade* de expulsão do *conductor* (que, como vimos, foi plena) era a dos meios através dos quais o *locator* a poderia alcançar.

Quando a *res*, objecto da obrigação de restituição, tinha como proprietário e possuidor o credor, este podia recuperá-la pelos seus próprios meios uma vez decorrido o período de duração do contrato, pois o devedor era um simples detentor que não

³²⁹ BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 531.

³³⁰ Nesse particular aspecto, não se pode criticar MONNIER, que, ao defender que o texto original apenas previa a expulsão por falta de pagamento da renda, coerentemente conclui que a interpolação seria em benefício do proprietário, pois teria aumentado o número de fundamentos de cessação antecipada (*Méditation*, cit., p. 210).

gozava de tutela possessória³³¹. Decorrendo os prazos estabelecidos nos contratos de comodato, depósito e locação de coisa, o comodatário, o depositário e o *conductor* poderiam ser privados da *res* por actuação unilateral da contraparte, que não necessitava de recorrer aos meios de tutela pública. Nem tal era vedado pelo célebre *decretum divi Marci*, de Marco Aurélio, que proibiu os credores de tirar bens aos devedores, sem recurso à autoridade pública, como forma de satisfação dos seus direitos³³²: o *decretum* impedia que se esbulhasse qualquer *res* do devedor (*ullam rem debitoris*), mas não coisa própria³³³.

Consequentemente, no período clássico, a autotutela³³⁴ seria prática corrente em sede de despejo³³⁵, o que não é de estranhar. Dado que inexistia uma figura jurídica como a denúncia, a *locatio* cessava por virtude do decurso do prazo ou, precisamente, do comportamento unilateral das partes, que apenas necessitaria de justificação quando se pretendesse a extinção antecipada do contrato ao qual foi aposto termo final (como ocorria em D. 19,2,54,1 e C. 4,65,3)³³⁶.

Na fase do dominado, levantou-se uma forte reacção contra a autotutela, com destaque para a proibição da recuperação da posse através da força, cominada com severas sanções³³⁷, o que incluía a pena capital se fosse utilizada violência e daí resultassem mortes, como decorre da constituição presente em C.Th. 9,10,1 (=C.9,12,6)³³⁸.

³³¹ WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 111.

³³² D.4,2,13 (também D. 48,7,7): “*Exstat enim decretum divi Marci in haec verba: "Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit"*”. A parte final do fragmento comina como sanção a perda do crédito (*ius crediti non habebit*). Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 222, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 236.

³³³ WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., pp. 103-104 e 113.

³³⁴ A autotutela, como refere SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 235, “consiste em procurar, através de meios próprios, a satisfação de um direito”.

³³⁵ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 83.

³³⁶ Neste sentido, WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., pp. 113-114, e KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 222, especialmente nota 12.

³³⁷ Para o que se segue, cf., por exemplo, KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 64 e 256 e ss.

³³⁸ “*Quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur, cum aliis vim inferre certantibus, aliis cum indignatione resistentibus verbera caedesque crebro deteguntur admissae, placuit, si forte quis vel ex possidentis parte vel eius qui possessionem temerare temptaverit interemptus sit, in eum supplicium exerceri, qui vim facere temptavit et alterutri parti causam malorum praebuit: et non iam relegatione aut deportatione insulae plectetur, sed supplicium capitale excipiat nec interposita provocatione sententiam quae in eum fuerit dicta suspendat*”.

Por sua vez, a *constitutio* conservada em C.Th. 9,10,3 (= C.9,12,7), além de ter afastado a *exceptio vitiosae possessionis*³³⁹, previu a hipótese da boa fé de quem usou violência (“*Si quis ad se fundum vel quodcumque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat*”): se alcançou o controlo da coisa (“*amissae possessionis iura reparentur*”), mas na acção onde se discutiu a propriedade (o *negotium principalis*, do qual a acção possessória era preliminar) ficasse determinado que, afinal, não tinha título, era punido com a deportação e a perda de todo o seu património; se tivesse título, teria direito apenas a metade do que invadira, sendo o restante para o Fisco³⁴⁰.

A prevenção do uso da força está também patente em C.8,4,7 (de 389)³⁴¹: se, antes de decisão judicial, o *dominus* invadiu a *res* que era objecto de litígio, devia restituir a posse (ao Fisco ou a um particular que a mantivessem sob *sequestrum*) e perderia o *dominium*; se a *res* invadida era alheia, o invasor deveria restituí-la e pagar a correspondente *aestimatio* (“*Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur*”)³⁴². Tratava-se de um expediente que permitia obter a restituição da posse e, por isso, tinha semelhanças manifestas com o *interdictum unde vi*³⁴³.

Todavia, e como já vimos, o *conductor* não era possuidor e, portanto, tais medidas não o beneficiavam, sendo ele quem podia sofrer pesadas consequências por não restituir a coisa locada (C.4,65,33 e, no mesmo sentido, C.8,4,10).

³³⁹ Do que resultou que também a *possessio iniustia* passou a ser tutelada, não se podendo cometer violência contra ela – cf. *infra*, I.3.3.3.

³⁴⁰ “... *eademque protinus restituta violentus, poenae non immerito destinatus, in totius litis terminum differatur, ut, agitato negotio principali, si contra eum fuerit iudicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis. Quod si pro eo, quem claruerit esse violentum, sententia proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur*”.

³⁴¹ Para a sua análise, vejam-se, por exemplo, WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., p. 120, e LUCIEN MASMEJAN, *La protection Possessoire en Droit Romano-Canonique Médiéval (XIIIe – XVe Siècles)*, Publications de la Société d’Histoire des Anciens Pays de Droit Écrit, Montpellier, 1990, cit., pp. 176-177.

³⁴² No mesmo sentido, C.Th. 4,22,3. A solução, pelo menos desde a sua inclusão no *Codex Theodosianus*, tem carácter geral, abrangendo *res* pertencentes a privados (“*Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus*”).

³⁴³ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 177

3.3.2 – O papel da *actio locati*

A tendência de prevenção da justiça privada foi acompanhada, naturalmente, por um desenvolvimento de meios processuais alternativos³⁴⁴.

Poder-se-á questionar se entre tais meios estava a *actio locati*, o que equivale a indagar se esta teria uma função restitutória, permitindo exigir a expulsão do arrendatário.

As fontes são omissas no que toca a locação de imóveis³⁴⁵. Já a propósito de coisas móveis, a *actio locati* surge em concurso com a *actio furti* nos seguintes textos de PAULUS³⁴⁶:

- D.44,7,34,2: o *colonus* que subtraiu alguma coisa do *fundus* arrendado podia ser demandado através da *condictio*, da *actio furti* e, ainda, “*ex locato*”³⁴⁷;

- D.19,2,42: se o *conductor* subtraiu o escravo que tomou em locação, exercer-se-ão contra ele as *actiones locati e furti*³⁴⁸;

- D.17,2,46: tal como um sócio pode demandar o outro com a *actio furti* e a *actio pro socio* se ele removeu ou ocultou coisa posta em comum (D.17,2,45³⁴⁹), também o *colonus* pode ser demandado do mesmo modo (isto é, com a cumulação da *actio furti* e da *actio locati*)³⁵⁰.

A explicação para a escassez de fontes parece residir na possibilidade de o *locator* expulsar, a todo o momento, o locatário, ainda que não tivesse decorrido um eventual prazo de vigência do contrato³⁵¹. Assim que manifestasse a vontade de que o *conductor* lhe restituísse a *res*, o último ficava *ipso facto* obrigado a fazê-lo³⁵² – se resistisse, certamente sofreria consequências adversas, *maxime* a condenação ao pagamento do *id quod interest* da contraparte³⁵³.

³⁴⁴ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 83.

³⁴⁵ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 83.

³⁴⁶ COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 64-65; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 83-84.

³⁴⁷ “*Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum conditione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur...*”.

³⁴⁸ “*Si locatum tibi servum subripias, utrumque iudicium adversus te est exercendum, locati actionis et furti*”.

³⁴⁹ “*Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet. idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est*”.

³⁵⁰ “*Idem est et in colono...*”.

³⁵¹ Ademais, a *actio furti* não se aplicava a imóveis – FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 86.

³⁵² Seguimos FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 86.

³⁵³ Que, como deduz FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 85-86, nota 72, poderia assumir dimensões consideráveis.

Concomitantemente, constituições pós-clássicas como as conservadas em C.4,65,33 (o *conductor* que não abandona a *res* quando o locador lho ordena é considerado usurpador), C.4,65,25 (aquele que recebesse em locação qualquer *res* deveria restituir a posse e só depois litigar com base num eventual direito de propriedade)³⁵⁴ e C.4,65,32 pr. (o arrendatário urbano não deve colocar qualquer entrave ao novo arrendatário a quem o *dominus* arrendou a casa)³⁵⁵, adensaram o dever contratual de devolução do imóvel por mero efeito da vontade do proprietário e independentemente de qualquer termo aposto à *locatio*³⁵⁶.

Não surpreende que, para evitar esses desfechos, o *conductor* acabasse por restituir, sem mais, o que lhe fora concedido. D.19,2,30 pr. é ilustrativo das situações em que o carácter ilícito da expulsão era discutido apenas depois de ela ocorrer: o arrendatário restitui o imóvel porque o proprietário alegou que a demolição era necessária; só mais tarde, em sede de *actio conducti* tendente à efectivação da responsabilidade do locador, se averiguará a veracidade da alegação³⁵⁷.

Assim, e seguindo novamente FRIER³⁵⁸, conclui-se que os fragmentos da autoria de PAULUS, ao ligarem a *actio locati* à tutela concedida em casos de *furtum*, mostram que a primeira terá assumido uma feição restitutória, pelo menos na medida em que sujeitaria o locatário recalcitrante a pesadas sanções como usurpador. Mas julgamos que das fontes não podem ser retiradas mais ilações.

Note-se que DEGENKOLB³⁵⁹ e GENIUS³⁶⁰ entendem que, no direito clássico, uma *actio locati* estaria votada ao fracasso, uma vez que o *conductor* cumpridor invocaria com sucesso o contrato. A isso talvez se possa contrapor que, se se admitia a expulsão (embora com o dever de pagamento de indemnização por equivalente pelo não cumprimento), era possível que a mesma finalidade fosse alcançada pelo exercício da

³⁵⁴ “*Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit; possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare*”.

³⁵⁵ “*Ne cui liceat, qui aliquam domum alienam vel locum aut ergasterium nomine conductionis accepit, alteri, qui post eum domini voluntate ad eandem conductionem accessit...*”. Aquele que gerasse controvérsia estava sujeito ao exílio ou, se fosse militar, ao pagamento de dez libras de ouro (C. 4,65,32,1: “*Quod si quis huiusmodi controversiam sacris iussionibus interdictam crediderit commovendam, si privatus est, acriter caesus exilii subeat poenam, si militat, decem librarum auri dispendio feriatur*”).

³⁵⁶ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 86, com destaque para a nota 73.

³⁵⁷ FRIER, *últ. ob. cit.*, p. 86, nota 74.

³⁵⁸ *Landlords and Tenants*, cit., pp. 85-86.

³⁵⁹ HEINRICH DEGENKOLB, *Platzrecht und Mieth: Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, C.G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung, A. Charisius, Berlim, 1867, pp. 168-169.

³⁶⁰ *Der Bestandsschutz*, cit, p. 24.

actio locati, utilizada para responsabilizar o locatário que não a cumprisse a obrigação de imediata restituição, evitando-se o uso da força.

3.3.3 – Os *interdicta unde vi e de vi armata*

Se tivesse a qualidade de possuidor, o *locator* poderia recorrer à protecção interdital para obter a expulsão do *conductor*. Aqui surgem os *interdicta unde vi e de vi armata*³⁶¹, de natureza restitutória³⁶², embora pudessem não assegurar plenamente a

³⁶¹ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 86-87.

³⁶² Consistiam em *interdicta* possessórios que visavam a recuperação da posse, mediante a restituição da *res*.

No direito clássico, o *interdictum unde vi* podia ser concedido contra o esbulhador durante um ano após a expulsão violenta sofrida pelo *possessor iustus* (GAIUS 4,154: “*nec ui nec clam nec precario possidet: namque eum, qui a me ui aut clam aut precario possidet, inpune deicio*”). A fórmula presente em D. 43,16,1 pr. (“*Praetor ait: "Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo"*”) é suspeita de interpolação; segundo a reconstituição de LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 465, o texto edital seria: “*Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas*”. A *possessio* era *iniusta* ou *vitiosa* quando fosse adquirida pela violência (*vi*), de modo clandestino (*clam*) ou a título precário (*precario*, ou seja, à luz de uma concessão livremente revogável), como depõe GAIUS 4,151 (“... *si uitiosam habeat possessionem, id est aut ui aut clam aut precario ab aduersario adquisitam*”).

O *interdictum de vi armata* era uma variação do *unde vi*, tendo LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 467, reconstituído a redacção dos textos que o previam do seguinte modo: “*Unde tu illum ui hominibus coactis armatisue deiecisti aut familia tua deiecit, ei illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas*”. A respectiva concessão pressupunha que a posse tivesse sido esbulhada através de violência armada, isto é, com recurso a quaisquer instrumentos ofensivos, não só espadas e lanças, como paus e pedras (D. 43,16,3,2: “*Arma sunt omnia tela, hoc est et fustes et lapides, non solum gladii hastae frameae, id est rhomphaeae*”). Dado esse carácter mais grave, tinha carácter perpétuo (não sendo aplicável o prazo de um ano) e tutelava a *possessio iniusta* (GAIUS 4,155: “*Interdum tamen etsi eum ui deiecerim, qui a me ui aut clam aut precario possideret, cogor ei restituere possessionem, uelut si armis eum ui deiecerim. nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem...*”).

Os compiladores condensaram as disciplinas de ambos os *interdicta* (D.43,16: *De vi et de vi armata*), que estavam separadas no comentário de ULPIANUS. Com a junção justinianeia, a *possessio iniusta* é sempre tutelada, não podendo ser invocada a *exceptio vitiosae possessionis* (I.4,15,6: “*Reciperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat*”; a solução tem raiz pós-clássica, numa intenção de combate à *vindicta privata* presente, como já vimos, em C.Th. 9,10,3: “*Quod si omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae causam examinari praecipimus, et in ea requiri, quis ad quem venerit possidentem*”). Como decorre de D.43,16,1 pr., o prazo para requerer o *interdictum* passa a ser, em todos os casos, de um ano.

No *agere per formulas*, a figura dos *interdicta* é distinta das *actiones*, seguindo um processo especial. Se o pretor concedesse o *interdictum* requerido (GAIUS 4,150: “*interdictum redditur*”; GAIUS 4,154: “*interdictum dari*”) e o destinatário não lhe obedecesse (no caso que temos em vista, se o *conductor* não abandonasse a *res*), o postulante teria de instaurar o processo *ex interdicto*, para que o juiz decidisse se a desobediência era, ou não, legítima (GAIUS 4,141: “*sed ad iudicem recuperatoresue itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid aduersus praetoris edictum factum sit, uel an factum non sit, quod is fieri iusserit*”; recorde-se, com SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., p. 357, que certos litígios, como os derivados de *interdicta* possessórios, eram julgados por *recuperatores*).

O *agere ex interdicto* era *in personam* (D.43,1,1,3: “*Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*”), com especificidades de tramitação consoante o concreto *interdictum* em causa.

Se o *interdictum* requerido fosse proibitório, aplicava-se o processo *per sponsionem*: o demandado promete ao autor, através de uma *sponsio*, o pagamento de uma *poena* em dinheiro, se ficar provado que desobedeceu à ordem do magistrado; o autor, por seu turno, promete por meio de uma *restipulatio* o pagamento de *poena* equivalente, se for provado que, afinal, não tinha direito ao *interdictum* e, por isso, a desobediência era justificada (isto sem nos debruçarmos sobre a questão dos *interdicta* duplos, em que as partes são, simultaneamente, demandante e demandado).

Já se os *interdicta* fossem restitutórios ou exhibitórios, o demandado poderia escolher entre os procedimentos *per sponsionem* e *per formulam arbitriariam*.

Vide GAIUS 4,141: “*et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, uelut cum per sponsionem agitur, sine poena, uelut cum arbiter petitur; et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoriis uero uel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria uocatur*”.

Na falta de manifestação contrária, a tramitação dos *interdicta* restitutórios e exhibitórios seria *per sponsionem*, sendo o demandado que não restituiu ou exibiu condenado à pena acordada, a que eventualmente acrescia uma indemnização por prejuízos sofridos, a exigir num processo posterior (GAIUS 4,165: “*Itaque si arbitrum non petierit (...) nam actor prouocat aduersarium sponsione, quod contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem aduersus sponsionem aduersarii restipulatur; deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario, ille huic inuicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda uel exhibenda, ut si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur*”), o *Cascelliano siue secutorio iudicio* (como o designam, a propósito dos *interdicta* duplos, GAIUS 4,166a e GAIUS 4,169).

Se se optasse pela tramitação *per formulam arbitriariam* (o que deveria ser feito ainda na fase *in iure*, isto é, “*antequam a praetore discedat*” – GAIUS 4,164), era concedida uma *actio* com fórmula arbitrária, na qual o *arbiter* apreciaria a desobediência à ordem do pretor. Provados os factos constitutivos do direito do demandante, o demandado restituía ou exhibia (com a conseqüente absolvição), ou recusava-se a fazê-lo, sendo condenado (GAIUS 4,163: “*Namque si arbitrum postulauerit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absoluitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur*”). Repare-se que, nesta hipótese, o demandado agia *sine periculo*, ao invés do que aconteceria no procedimento *per sponsionem* (que, na falta de pedido de árbitro, se aplicaria supletivamente), no âmbito do qual corria o risco de condenação ao pagamento da pena, como refere GAIUS 4,165 (“*Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur...*”).

Se o demandado não procedesse à restituição ou exibição da *res*, era condenado a pagar uma quantia pecuniária equivalente ao valor daquela, como resulta da natureza arbitrária que o processo *ex interdicto* aqui assumia e que já observámos (GAIUS 4,163).

Na *cognitio extra ordinem*, a *actio* absorve todas as restantes figuras processuais e os *interdicta* não constituíram excepção. As finalidades do procedimento interdital são prosseguidas, agora, pelas vias adjectivas comuns, não obstante a subsistência, em vários passos, da denominação *interdictum*.

A tutela *unde vi* pós-clássica visava a *momentaria possessio*, ou seja, tal como existia no momento da perturbação sofrida: v.g., C.Th. 4,22,1 = C. 8,5,1pr. (“*ut eos momentariae perinde possessioni ... restituant*”), C.3,16,1 (“*Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci iudicem aduersus eum qui possessionem turbauit conuenit iudicare*”) e C.Th. 2,1,8,1 = C.8,4,8 (“*Momentariae etiam possessionis interdictum...*”), o que manifestava a transformação dos *interdicta* em providências provisórias e de natureza preliminar, como, de resto, era expressamente afirmado na *Interpretatio* a P.S.5,6,1, presente na *Lex Romana Visigothorum* (ou *Breviário de Alarico*: “*Interdicta dicuntur quasi non perpetua sententia, sed a tempus interim dicta, hoc est a iudice momentum priori reddere possessori*” – p. 420), e em Isid. 5,25,33 (“*Interdictum est quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur...*”).

Em sintonia, verificava-se uma agilização processual: dispensava-se a *litis denuntiatio* (citação para o demandado estar presente no tribunal dentro de quatro meses, feita através de requerimento que, com autorização do magistrado, lhe é dirigido pelo demandante; vd. C.Th.2,4) e afastava-se a observância de prazo de instauração: C.Th.2,4,6 (“*aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet ... ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota*”).

efectivação da restituição da *res* no âmbito do processo das fórmulas, onde *omnis condemnatio pecuniaria est* (GAIUS 4,48): na verdade, o demandante nunca a conseguiria *per sponsionem* e, ainda que em sede de acção arbitrária, o locatário poderia preferir sujeitar-se à condenação em *pecunia*. Mas, como já observámos³⁶³, nos direitos pós-clássico e justinianeus, ao contrário do que acontecia sob os auspícios do *agere per formulas*, o juiz condenava o demandando à realização em espécie das obrigações de *dare* e de *restituere* (D.6,1,68). Logo, o locador poderia obter *manu militari* a restituição da *res* através dos meios de tutela possessória, mesmo contra a vontade do *conductor*.

O pressuposto para a concessão dos *interdicta* era a resistência do arrendatário à expulsão³⁶⁴, usurpando a posse: no âmbito da locação de *fundi*, D.43,16,12 e -43,16,18 pr. outorgavam o *interdictum unde vi* quando o *colonus* impedisse a *traditio* do prédio a favor do comprador (respectivamente, “*Igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit*” e “*Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset*”)³⁶⁵.

Em suma, nas palavras de MARRONE, que respigamos pela sua acuidade: “*La fattispecie comune ai due passi è quella del colono il quale non ammetta nel fondo il*

Com C.Th.4,22,3 (que, como indicámos, coincidia com a solução contida em C.8,4,7, que se analisou *supra.*, I.3.3.1), a acção perdia o seu carácter preliminar: sendo de imediato discutida a questão da propriedade, não se afigurava necessário o *negotium principale*.

O direito justinianeus volta a assumir o esquema clássico dos *interdicta* possessórios (porém, sem que se tornem uma figura processual autónoma; segundo I.4,15,8, “*nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum*”, isto é, no processo extraordinário não é necessária a pronúncia de um *interdictum*).

Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 168-170, e *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 439, 441-442, 424-426, 250-252, 392-393; VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, cit. p. 389 e ss.; VOICI, *Istituzioni*, cit., pp. 344-345, 348, 211-215; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 396-400, e *Das Römische Privatrecht*, II, cit., pp. 66 e 256-260; KASER/KACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 408, 414-421, 177, 566-567, 637-638; HAUSMANINGER/SELB, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 137-138; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 57 e ss; LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 468; LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 202 e ss., e 243 e ss.; WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., pp. 114-116; CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 231 e ss..

³⁶³ *Supra*, I.1.

³⁶⁴ Proveniente, por exemplo, de uma ordem de despejo dada pelo locador: GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 24.

³⁶⁵ GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 24; J. A. C. THOMAS, *The Sitting Tenant*, in TR, 1973, pp. 36-37; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 87.

*compratore, che è stato dal locatore autorizzato a prendere possesso: questo comportamento è ritenuto del tutto equivalente a quello del colono che vieti l'ingresso nel fondo allo stesso locatore; al quale, pertanto, si dà l'interdictum unde vi. Il giurista dà quindi per scontato che è illegittimo il comportamento del colono il quale proibisca al locatore l'ingresso nel fondo locato*³⁶⁶.

3.3.4 – A hipótese da *rei vindicatio*, segundo a concepção de ULPIANUS

Questão mais controversa é a da possibilidade de expulsão do locatário através do exercício da *rei vindicatio*³⁶⁷. O problema gravita em torno de D.6,1,9³⁶⁸, sobretudo do trecho final: “*Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*”. Ao considerar que a *res* pode ser peticionada contra quem detém a coisa, com a faculdade de a restituir, estará ULPIANUS a afastar-se de PEGASUS e a reconhecer legitimidade passiva aos meros detentores, que anteriormente não a tinham?

Segundo vários Autores, o texto foi interpolado. Designadamente, o último período não seria da responsabilidade daquele jurista da época clássica tardia, pois teria operado uma mudança radical³⁶⁹. Mas não falta quem defenda a sua genuinidade³⁷⁰, o

³⁶⁶ *Per una Funzione “Strumentale” del Diritto Romano in Materia di Possesso*, cit., § 4.

³⁶⁷ Ressalvada, no processo das fórmulas, a regra *omnis condemnatio pecuniaria*, ao abrigo da qual a condenação na acção de reivindicação seria ao valor da *res*: cf. MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Ansprüche des Besitzers gegen den ehemaligen Eigentümer? § 1001 zwischen Bereicherungsrecht und EBV*, in “Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhosser”, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2004, p. 644, nota 55.

³⁶⁸ ULPIANUS, *libro 16 ad edictum*: “*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*” (se o juiz averiguar que o demandado possui, deve este restituir a *res* ao proprietário, independentemente da causa da posse, a menos que tenha deduzido excepção. Alguns, como PEGASUS, entenderam que a a acção abrangia apenas aqueles cuja posse fosse protegida pelos *interdicta uti possidetis* ou *utrubi*, não podendo a *res* ser reivindicada perante quem não possui, como o depositário, o comodatário ou o *conductor*. Mas ULPIANUS remata que, na sua opinião, é possível pedir a *res* a todos os que a detêm com a faculdade de a restituir).

³⁶⁹ Cf., por exemplo, BERNHARD KÜBLER, *Recensão a Heinrich Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio als Beitrage zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, in SZR, 1908, pp. 486-487, HANS PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in SZR, 1911, p. 212, SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 355-356 e 364, LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 228, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 204, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 111, em especial nota 9.

³⁷⁰ V.g., KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 433, nota 10, HEINRICH SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II – Römisches Privatrecht*, Verlag Hermann Sack, Berlin, 1928, pp. 97-98 (alterando a opinião expandida na sua obra referida na nota anterior), e, com

que se afigura mais acertado. Como salienta MARRONE³⁷¹, a conclusão do fragmento aponta nitidamente para que se trate da manifestação do entendimento do próprio ULPIANUS (o que é revelado pelo uso da forma verbal “*Puto*”)³⁷². Na hipótese contrária, os compiladores do Digesto teriam inventado uma controvérsia doutrinal, o que se afigura pouco lógico e até contrário à intenção, manifestada por Justiniano na constituição *Deo auctore*, de eliminar discrepâncias existentes no direito clássico³⁷³.

Por outro lado, certa corrente nega que, no processo formular, a *rei vindicatio* pudesse ser intentada contra um detentor *nomine actoris* (por exemplo, aquele a quem o proprietário concedeu a *res* em locação): as detenções referidas por ULPIANUS em D.6,1,9, dada a origem do preceito (isto é, a doutrina representada por PEGASUS, que exigia a posse interdital do demandado), seriam sempre em nome de um terceiro que possuía a *res*³⁷⁴. Como as situações de detenção em nome do reivindicante não punham em causa a propriedade, não estava preenchido o pressuposto essencial da *rei vindicatio*³⁷⁵ e, conseqüentemente, o meio processual de responsabilização pela falta de restituição seria a acção pessoal emergente da respectiva relação jurídica (*in casu*, a *actio locati*)³⁷⁶. Noutros termos: não haveria lugar à reivindicação quando o locatário não violasse a propriedade do locador, atendendo a que aquela *actio* era o meio de defesa do proprietário que não possuía contra o possuidor que não era proprietário³⁷⁷.

Parece perfeitamente claro, porém, que o proprietário (que conseguia provar o seu título) podia intentar a acção de reivindicação contra o *conductor* que lhe oferecia

particular desenvolvimento, MATTEO MARRONE, *La ‘Facultas Restituendi’ di D. 6,1,9 (Ulp. 16 ad interdium): Brevi Note in Materia di Legittimazione Passiva alla Rivendica*, in “Studi in Onore di Gioacchino Scaduto”, vol. III, Cedam, Pádua, 1970, pp. 534 e ss.

³⁷¹ *La ‘Facultas Restituendi’*, cit., pp. 541-542.

³⁷² Concordante, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 88, nota 81, e MAX KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den ‘actiones in rem’*, in SZR, 1981, pp. 91-92, nota 53 (que observa que “*puto*” se compagina com o parecer de um jurisconsulto, mas não com uma intervenção imperial).

³⁷³ *Constitutio Deo auctore de conceptione Digestorum*, 8: “*Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto*”.

³⁷⁴ Neste exacto sentido, KÜBLER, ob. cit., p. 486.

³⁷⁵ CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 421.

³⁷⁶ Entre outros: SIBER, *Römisches Recht*, cit., pp. 97-98; KÜBLER, ob. cit., p. 483; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 355-356; CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 421; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, reimpressão anastática da 14ª edição, Jovene, Nápoles, 1983, p. 217, nota 3.

³⁷⁷ Vejam-se ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., pp. 1-2, ALFRED TRAEGER, *Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Miethe*, in “*Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*”, 1861, p. 64, e SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 355-356.

resistência e esbulhava as dependências locadas³⁷⁸. Se o locatário detinha a coisa com a possibilidade de a restituir, já que a usurpara (retirando-a do domínio do proprietário e tornando-se, até, *iniustus possessor*: D.43,16,12 e -43,16,18 pr.)³⁷⁹, estavam preenchidos os requisitos indicados por ULPIANUS³⁸⁰. Portanto, “*per i detentori a nome dell'attore non si pose problema: la rivendica contro di essi, pure se poco pratica, non fu mai negata*” (“para os detentores em nome do autor não se levanta qualquer problema: a reivindicação contra eles, embora pouco prática, nunca foi negada”)³⁸¹. “[P]oco pratica” porque, como é óbvio, o proprietário também poderia exercer os meios possessórios (e sem ter de provar o título).

Mas teria o locatário legitimidade passiva quando não pusesse em causa o direito do *dominus*? De outra forma: poderia o locador/proprietário dirigir contra o *conductor* a *rei vindicatio* como modo de cessação da *locatio conductio rei*?

Neste ponto MARRONE recusa a legitimidade passiva de quem detinha em nome do reivindicante³⁸². Para a teoria pegasiana, a situação jamais seria tutelada, pois o locatário que exercia sobre a coisa os poderes convencionados com o *locator/dominus* nunca se tornava possuidor *ad interdicta*. Já de acordo com a opinião ulpianeia, seria necessário que se preenchessem os requisitos do *rem tenere* e da *facultas restituendi*. E, para o Autor, tal não se verificava. *Rem tenere* implicaria uma detenção exclusiva da coisa, que o locatário (como possuidor em nome do autor) não teria. Quanto à *facultas restituendi*, não se colocaria o problema da restituição daquilo que o proprietário possuía pacificamente, ainda que por intermédio de outrem. Logo, os meios adequados de reacção não seriam os que visassem a afirmação de um direito (como a *rei vindicatio*) mas os destinados à expulsão da contraparte.

³⁷⁸ Deste modo, MATTEO MARRONE *Contributi in Tema di Legittimazione Passiva alla «Rei Vindicatio»*, in “Studi in Onore di Gaetano Scherillo”, Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, Milão, 1972, pp. 363-364, e FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 88.

³⁷⁹ Neste exacto sentido, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 433, nota 11. Sobre esses fragmentos, vd., *infra*, I.4.3.

³⁸⁰ Vd. MARRONE, *Contributi in Tema di Legittimazione Passiva alla «Rei Vindicatio»*, cit., pp. 358 e ss.; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 433, e *Nochmals über Besitz und Verschulden*, cit., pp. 92 e ss.

³⁸¹ Cf. MARRONE, *Per una Funzione “Strumentale” del Diritto Romano in Materia di Possesso*, cit., § 6. Esclareça-se que para MARRONE (*Contributi in Tema di Legittimazione Passiva alla «Rei Vindicatio»*, *últ. loc. cit.*), a própria concepção de PEGASUS (segundo a qual podiam ser demandados os possuidores *ad interdicta*) já permitiria demandar aquele a quem o proprietário dera em locação: no tempo daquele jurista, o *conductor* que recusasse a restituição tornara-se-ia possuidor e, portanto, podia ser parte legítima na *rei vindicatio* (cf., em especial, a exegese das fontes constante da p. 361, nota 61); em sentido contrário, KASER, *últ. ob. cit.*, p. 95, nota 64 da p. anterior.

³⁸² *Contributi in Tema di Legittimazione Passiva alla «Rei Vindicatio»*, cit., p. 363.

Parece-nos que, mesmo nesta hipótese, não se poderá excluir liminarmente a legitimidade passiva do *conductor*³⁸³. Como já se viu, *tenere* surge em D.43,16,1,22 com referência ao *colonus*³⁸⁴. E é possível que a opinião de ULPIANUS visasse atribuir à *rei vindicatio* uma função de expulsão e não de reconhecimento de um direito violado, deixando, dessa maneira, de ser pressuposta uma usurpação pelo detentor³⁸⁵. Como nota KASER, o modo como era manifestada sugere que se tratava de uma opinião que ainda não se generalizara ao ser proferida³⁸⁶ e, conseqüentemente, tinha de se identificar com uma solução que não se identificasse plenamente com a teoria de PEGASUS (até porque era contraposta a esta).

Com efeito, tentar encontrar na *facultas restituendi* um significado excludente do detentor *nomine actoris* encontra entraves em possíveis significados do conceito de *facultas*, que inclusivamente comportava a mera disponibilidade material³⁸⁷ – algo que o *conductor* tinha em qualquer caso³⁸⁸. Claro que estes são domínios de conjectura, já que nenhum texto resolve directamente a questão.

De resto, assinala-se com WUBBE³⁸⁹, podem ser convocados textos em que a *rei vindicatio* estava ao dispor do proprietário contra o detentor *nomine actoris*, como D.13,6,2³⁹⁰ e C.4,34,1 (de 234)³⁹¹, que admitiam o exercício da reivindicação, respectivamente, pelo comodante e pelo depositante³⁹².

Ainda assim, apoiando-se em KÜBLER, FRIER³⁹³ julga provável que o locatário se pudesse defender através da *exceptio doli* (recorde-se que, para KÜBLER, o

³⁸³ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 433.

³⁸⁴ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 89, nota 83.

³⁸⁵ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 89.

³⁸⁶ KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden*, cit., pp. 91-92, nota 53.

³⁸⁷ Esse é, aliás, o sentido que CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 419, atribui à expressão (“*possibilità pratica di effettuare la restituzione*”), o que nos parece desfavorável à sua posição de que não há lugar a reivindicação contra o detentor *nomine actoris*, visto que está fora de dúvida que este, salvo alguma circunstância anómala, tinha a possibilidade prática de restituir a *res*.

³⁸⁸ Sobre o conceito de *facultas* presente nas fontes, cf. a exhaustiva análise a que procede MARRONE, *La ‘Facultas Restituendi’*, cit., pp. 539-540.

³⁸⁹ F. B. J. WUBBE, *Gaius et les Contrats Réeles*, in TR, 1967, p. 513, nota 34.

³⁹⁰ “*Nec in furiosum commodati actio danda est. Sed ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhibita vindicetur*”: nem contra o demente é concedida a *actio commodati*, mas já se concederá a *actio ad exhibendum* para que coisa exibida seja reivindicada.

³⁹¹ “*Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit*”: se, sob pretexto de um furto que foi cometido ou de outro caso fortuito, não for restituído o que estava em poder do herdeiro (do depositário) ou que este com dolo deixou de possuir, há lugar tanto à *actio ad exhibendum* como à *actio ad exhibendum*, mas também à reivindicação.

³⁹² *Gaius et les Contrats Réeles*, p. e nota citadas. Note-se que o Autor defende que o proprietário pode intentar a *rei vindicatio* contra aqueles a quem deu a *res* em depósito ou em comodato, mas não com fundamento em D.6,1,9, que apenas trataria das detenções em nome de um terceiro possuidor.

³⁹³ *Landlords and Tenants*, cit., pp. 89-90.

locador deveria recorrer à *actio locati*, pois uma eventual *rei vindicatio* contra o *conductor* estaria votada ao insucesso, por força da invocação daquela exceção)³⁹⁴.

Semelhante raciocínio não parece fazer sentido, porém, se se aceita, ao contrário de KÜBLER, que as fontes permitiam a reivindicação contra o locatário que era detentor *nomine actoris*³⁹⁵. Não se vê como é que, nesse caso, o locador incorreria numa situação dolosa, pois, mesmo que não houvesse fundamento de expulsão, ele não estaria a actuar na veste de parte contratual, mas enquanto proprietário e de acordo com o permitido por D.6,1,9; ora, para os juristas romanos, a aplicação de disposições tipificadas tinha prioridade sobre uma eventual *generalis clausula*³⁹⁶. Certamente que o *ius romanum* não conteria um preceito cuja aplicação fosse sistematicamente negada, na prática, por via da *exceptio doli*. E, mesmo que se admitisse a hipótese de uma reacção do locatário contra a reivindicação, o carácter meramente subsidiário da *exceptio doli*³⁹⁷ conferiria esse papel à *actio conducti* – que mais não permitia do que exigir o *id quod interest* pelo incumprimento contratual, sem evitar a privação do gozo da coisa.

Na realidade, a questão acabaria por ter pouco relevo prático. Se existia um dever de o *conductor* deixar livre a *res* por mera vontade do proprietário, como FRIER muito bem indica³⁹⁸, bastaria àquele ordenar o despejo: se a ordem não fosse acatada, haveria usurpação e, também por esta via, ficaria afastada uma eventual *exceptio doli*³⁹⁹.

³⁹⁴ SZR, 1908, p. 483.

³⁹⁵ Sintomaticamente, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 433, nota 12, considera a teoria da admissibilidade da *exceptio doli* como representativa da corrente que não reconhece a possibilidade da *rei vindicatio* e reduz os meios adjectivos às acções *in personam*.

³⁹⁶ Por exemplo, no âmbito da *restitutio in integrum*, o pretor ordenava, além das *restitutiones* previstas, “*si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituum*” (D.4,6,26,9), o que demonstrava preocupações de equidade mas, simultaneamente, a preferência pelas cláusulas tipificadas. Sobre o ponto, LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 120-121, e ANDREAS WACKE, *La Exceptio Doli en el Derecho Romano Clásico y la ‘Verwirkung’ en el Derecho Alemán Moderno*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 981.

³⁹⁷ Previsto, designadamente, em D.4,3,1,1 (“*Verba autem edicti talia sunt: ‘Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.’*”) e em C.2,20,2 (“*De dolo actio, cum alia nulla competit, causa cognita permittitur*”), que apenas legitimavam o recurso à *actio* (ou à *exceptio doli*) se não houvesse outro meio processual (“*alia actio*”) de defesa – cf. JULIO G. CAMIÑAS, *La Problemática del Dolo en el Derecho Romano Clásico*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 954.

³⁹⁸ Relembre-se a sua exposição em *Landlords and Tenants*, cit., p. 86.

³⁹⁹ Veja-se o esquema análogo desenhado por GENIUS, *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses*, cit., p. 24: a efectivação da pretensão de expulsão através da *actio locati* estaria votada ao fracasso, uma vez que o locatário invocaria o contrato (premissa que não temos por garantida, como se viu, *supra*, I.3.3.2); mas se o locador lhe dirigisse uma ordem de despejo (não acatada, naturalmente), já poderia lançar mão dos meios interditais de defesa possessória.

3.3.5 – A hipótese do *interdictum de precario*

Hipotisa-se, por último, outro meio de expulsão do *conductor*, o *interdictum de precario*, uma vez que, apesar da perfeita distinção entre *locatio* e *precarium*⁴⁰⁰, em algumas fontes as duas figuras surgem conjugadas.

O texto contido em D.41,2,10 pr.⁴⁰¹ oferecia um critério cronológico de distinção em caso de concurso: se alguém tomou em locação uma *res* e, posteriormente, a rogou a título de *precarium*, considera-se que a locação terminou; se a locação foi o negócio ulterior, considera-se que há locação⁴⁰². Porém, segundo D.41,2,10,1, se se rogou a concessão do *precarium* para obter a mera detenção (“*ut in possessione esset*”) e não a posse (“*non ut possideret*”), ambas as figuras procediam (*utrumque procedit*), isto é, admitia-se a coexistência do *precarium* e da *locatio*⁴⁰³. O facto de, em ambos os textos, se referir expressamente a opinião de POMPONIUS, leva-nos a acreditar na sua genuinidade⁴⁰⁴.

Daqui nasce a conjectura de que a combinação entre *precarium* (destinado a proporcionar a mera detenção) e *locatio* possibilitaria ao *locator* valer-se da disciplina do primeiro, mormente do recurso ao *interdictum de precario* – o que lhe facultaria uma expulsão expedita, baseada apenas no precário e que evitava eventuais questões contratuais de índole locatícia, relegando-as para uma posterior *actio*⁴⁰⁵. O *locator* beneficiaria, pois, de uma dupla vantagem: esquivava-se ao risco de não ser considerada procedente a sua pretensão contratual e, simultaneamente, podia optar por um

⁴⁰⁰ Sobre essa distinção, assente, primordialmente, no carácter gratuito do *precarium* e na natureza onerosa da locação, v., entre outros, MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., pp. 128-129, e ROBERTO FIORI, *La Definizione della 'Locatio Conductio': Giurisprudenza Romana e Tradizione Romanistica*, Jovene Editore, Nápoles, 1999, pp. 277 e ss..

⁴⁰¹ “*Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione: quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur. Potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est: et hoc Pomponius ait*”.

⁴⁰² FIORI, *La Definizione*, cit., p. 278.

⁴⁰³ “*Idem Pomponius bellissime temptat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset (est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa): quod si factum est, utrumque procedit*”. Cf. FIORI, *La Definizione*, cit., p. 278.

⁴⁰⁴ Embora essa não seja a orientação prevalecente (cf. as indicações de FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 90, nota 86).

⁴⁰⁵ Neste sentido, MAX KASER, *Zur Geschichte des precarium*, in SZR, 1972, pp. 105-106, seguido por FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 90, e JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN, *La Documentación del Precario: una Inscripción de Benevento*, in RIDA, 1998, p. 249, especialmente nota 12.

procedimento *per formulam arbitriam* que não excluísse liminarmente a restituição *in natura* da *res*⁴⁰⁶.

3.3.6 – Síntese conclusiva

Endossando as reflexões de FRIER, deslinda-se uma linha condutora no desenvolvimento da tutela jurídica à disposição do *locator* para alcançar a restituição da *res*: os meios que pressupunham uma intromissão de terceiros na esfera alheia, *maxime* os *interdicta* possessórios, foram sendo acompanhados por outros que não dependiam dessa interferência, como a *actio locati*, o *interdictum de precario* e, até, a *rei vindicatio*, modelada segundo aquela que nos parece (embora sem certezas) ter sido a concepção de ULPIANUS⁴⁰⁷.

Em rigor, o sistema de autotutela nunca desapareceu⁴⁰⁸, como demonstram as fontes que pressupunham e aceitavam o despejo efectuado pelo próprio senhorio; porém, a intenção que presidiu à outorga desta panóplia de expedientes, com tão diversificados fundamentos (posse; contrato de locação; concessão precária da *res*; propriedade), não pôde ser outra senão o combate à justiça privada, especialmente o recurso à violência⁴⁰⁹. Chamar ao redil da força pública a resolução dos vários conflitos sociais⁴¹⁰ teve como indispensável contraponto uma ampla concretização adjectiva do também muito amplo direito de o locador extinguir a *locatio* e privar o locatário da *res*⁴¹¹. O *locator* podia não ser possuidor e, independentemente disso, reconhecia-se-lhe o poder de expulsão em quaisquer circunstâncias, inclusive quando o *conductor* cumpria as suas obrigações e o período contratual ainda não decorrera. Ora, também em tais casos havia que prevenir (ou, pelo menos, criar condições para prevenir) o uso da autotutela⁴¹².

Já não nos merece concordância a consideração de que o movimento de prevalência da justiça pública se fez, igualmente, por via de uma “*doctrine on justified*

⁴⁰⁶ Cf. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, cit., pp. 106-107.

⁴⁰⁷ *Landlords and Tenants*, cit., p. 91.

⁴⁰⁸ FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 91-92.

⁴⁰⁹ Recordem-se as pesadíssimas sanções pós-clássicas para o uso da força.

⁴¹⁰ Sobre essa tendência, em termos gerais, cf. a síntese de WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., pp. 119-120.

⁴¹¹ Cf. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 91: “It is difficult not to see this development as part of a gradual evolution whereby expulsion, once more or less exclusively a matter of self-help, was being gradually brought into the ambit of State-controlled legal institutions. Both the existence of procedural mechanisms for expulsion (...) were necessary in order to achieve this goal...”.

⁴¹² Veja-se o raciocínio semelhante de WUBBE, *Gaius et les Contrats Réelles*, cit., pp. 512-513, a propósito da *rei vindicatio* exercida contra o depositário e o comodatário.

expulsion”, que teria passado a exigir a procedência dos fundamentos de restituição da coisa apresentados à autoridade estatal⁴¹³.

Efectivamente, a colocação da expulsão do locatário na alçada do poder público e a justificação da extinção da *locatio* são problemas distintos. Como cremos que já se demonstrou, a falta de um fundamento justificativo de cessação do contrato não impedia que este se extinguísse – mesmo que permanecesse a cargo do locador uma obrigação de indemnização pecuniária por danos causados, a extinção era *ad nutum*⁴¹⁴. Bem diferente é a expulsão do *conductor* (justificada ou não) ser efectivada através do aparato coercivo do Estado, que é o único desiderato que se descortina nas fontes.

⁴¹³ FRIER, *últ. loc. cit.*.

⁴¹⁴ Como decorre, inclusivamente, das análises de FRIER sobre o dever de abandono imediato da *res* pelo locatário, que analisámos *supra.*.

4. Vicissitudes da posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

4.1 – A permanência dos direitos e obrigações das partes e a possibilidade de o adquirente impedir a detenção

Problema de importância capital na caracterização da protecção do arrendatário é aquele que se coloca com a alienação do direito do *locator* sobre a *res* locada⁴¹⁵. O brocardo *emptio tollit locatum* (*Kauf bricht Miete*, na adaptação germânica; *venda quita renda*, na versão castelhana; *la vente rompt le louage*, segundo o adágio francês; *hur brickt koep* em neerlandês) tem sido comumente utilizado para traduzir a genérica solução de que a posição do locatário poderia ser afectada pela alienação. A falta de rigor de tal formulação – que não é romana⁴¹⁶ – torna-se, porém, evidente⁴¹⁷.

Destarte, ao ser inculcada a ideia de que a locação cessava em virtude da modificação subjectiva da relação jurídica, obnubila-se que não se questionava, na hipótese em análise, a subsistência do contrato. A transmissão do direito do *locator* sobre a coisa locada não extinguia os direitos e deveres que para as partes decorriam da *locatio conductio*⁴¹⁸. O locador/transmitente continuava obrigado a *uti frui licere praestare*⁴¹⁹ e se não o fizesse era responsável, nos termos gerais, pelo incumprimento⁴²⁰, conquanto fosse absolvido numa eventual *actio conducti*, nos termos de D.19,2,9 pr., *in fine*: se o proprietário não permitisse o gozo do que foi arrendado mas o senhorio colocasse à disposição do arrendatário outra habitação que não fosse menos cómoda, era justo que o locador fosse absolvido na *actio conducti* (“*Plane si*

⁴¹⁵ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26.

⁴¹⁶ MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 42; KASER, *Das Römische Privatrecht I*, cit., p. 567, nota 44; LÓPEZ PEDREIRA, *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 76; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 483; HANS HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, in “Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein: 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000”, De Gruyter Recht, Berlim, 2003, pp. 154-155.

⁴¹⁷ Segundo EMILIO ALBERTARIO, *I Contratti a Favore di Terzi*, in “Studi di Diritto Romano”, vol. VI, Giuffrè Editore, Milão, 1953, p. 286, *emptio tollit locatum* é um “*modo più falso che incompleto*” de traduzir a não oponibilidade do contrato ao adquirente, mas com a concomitante permanência da obrigação assumida pelo alienante.

⁴¹⁸ Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht I*, cit., p. 567; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., nº 940; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26; THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 35; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 379; HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, cit., p. 156.

⁴¹⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26.

⁴²⁰ Assim, LÓPEZ PEDREIRA, *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 76.

dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem)⁴²¹.

Por sua vez, até à ocorrência de um eventual despejo (e ainda que este fosse expectável), o *conductor* permanecia vinculado a pagar a *merces* ao *locator*. O adquirente só teria direito à *merces* mediante acordo prévio com o locador/alienante: neste sentido depõem D.19,1,13,11 (“*Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur*” – se foi dado em locação um prédio rústico, as rendas sem dúvida que pertencem a quem arrendou; o mesmo se passava quanto aos prédios urbanos, a não ser que expressamente se alegasse que houvera convenção contrária), D.19,1,53 pr. (“*Si mercedem insulae accessuram esse emptori dictum est, quanti insula locata est, tantum emptori praestetur...*” – se se determinou a cedência ao comprador da renda de uma *insula*, será prestada ao comprador a quantia pela qual a *insula* foi locada) e D.19,2,58 pr. (“*Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent. quamvis eam conductor maiore pretio locaret, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat*” – o prédio, dado em arrendamento na sua totalidade por um preço, foi vendido e as rendas cedidas ao comprador; ainda que o arrendatário tivesse dado em subarrendamento por valor superior, devia ser cedido a favor do comprador aquilo que era devido ao vendedor ao abrigo da *locatio*)⁴²².

Conservava-se, pois, o contrato entre locador e locatário, mas nenhuma relação se estabelecia entre o adquirente e o *conductor*: se o locatário danificasse a *res*, o comprador apenas podia agir *ex empto* contra o vendedor (D.19,1,13,30, segunda parte)⁴²³, sem embargo da eventual tutela aquiliana; o legatário não podia exigir ao *colonus* o cultivo do prédio (D.19,2,32)⁴²⁴.

A máxima *emptio tollit locatum* padece, ainda, de imprecisão porque, conforme se infere das fontes, não era somente a venda que podia de originar situações que

⁴²¹ Vd. VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 484.

⁴²² Vide MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, pp. 56 e ss., GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26, especialmente nota 52, THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 39, FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 68, nota 33, VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 485, LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 114, e *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 81, e DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, cit., p. 160.

⁴²³ O parágrafo será analisado com mais pormenor, *infra*, I.4.2.

⁴²⁴ ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., pp. 147 e ss.; ARMANDO TORRENT, *Excepciones Pactadas a la “Regla Emptio Tollit Locatum”*, in “*Temis – Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas*”, 21, Homenaje al Profesor Sánchez del Río y Peguero, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1967, pp. 265 e 267; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 27; VERSTEGEN, *Qui fundum locavit*, cit., p. 485; KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., p. 185; HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, cit., p. 155.

prejudicassem a locação: o legatário podia proibir o *colonus* de cultivar o prédio (D.19,2,32)⁴²⁵ e de fazer seus os frutos produzidos (neste caso, o arrendatário apenas poderia agir *ex conducto* contra o herdeiro – D.30,120,2⁴²⁶); a *uxor* a quem foi deixado, a título de *legatum dotis*⁴²⁷, um *fundus* que o marido dera em locação por certo tempo não conseguirá o fundo se não garantir ao herdeiro que vai respeitar o contrato de locação (D.33,4,1,15)⁴²⁸, isentando-o de responsabilidades como *locator* (ou seja, só a *cautio* garantia a continuidade da detenção do locatário); o usufrutuário podia, tal como o comprador, “*conductorem repellere*” (D.7,1,59,1)⁴²⁹.

Perante um prévio contrato de locação, o que estava em jogo era, na verdade, a ocorrência de uma sucessão, a título singular, na titularidade da posição que o locador tinha sobre a *res*⁴³⁰. O título mais usual dessa transmissão era, certamente, a venda da coisa locada, mas outras transmissões, além das que identificámos (fundadas num legado ou na constituição do direito de usufruto), poderiam dar origem a situações que fizessem perigar a posição do locatário, como, por exemplo, a doação ou a permuta⁴³¹. Deste modo – digamo-lo com LÓPEZ PEDREIRA⁴³² – afigura-se preferível a formulação utilizada por FABRO, a propósito de D.19,2,32: “[*s*]uccessor singularis non cogitur stare colono” (o sucessor não era obrigado a manter o arrendatário já que, como o Autor logo acrescentava, a acções pessoais não se transmitiam ao sucessor a título singular: “*quia personalis actiones non transeunt in successorem singularem*”)⁴³³.

⁴²⁵ “*Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere: et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus*”.

⁴²⁶ “*Fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem*”.

⁴²⁷ O *legatum dotis* “[é] o legado através do qual o marido atribui, à sua morte, os bens dotais à sua mulher”: ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, STVDIA IVRIDICA, n.º 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 245.

⁴²⁸ “*Ibidem Mela coniungit, si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus, uxorem non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit se passuram colonum frui, dummodo ipsa pensiones percipiat*”.

⁴²⁹ Cf. COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 69-70; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 26 e 29; THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., pp. 35 e 42-43; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 379, nota 251; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 484; LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., pp. 117-119, e *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., pp. 76 e 78 e ss.; KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., pp. 185-187.

⁴³⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26.

⁴³¹ LÓPEZ PEDREIRA, *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 76.

⁴³² *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 76.

⁴³³ *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus & Ultimus, Sumptibus Haeredum Petri de la Rouiere, Aurelianae, 1626, p. 595, col. 2.*

Não tendo o *conductor* mais do que a mera detenção da coisa, e apesar da manutenção dos direitos e deveres locatícios, a respectiva posição poderia ser afectada pela sucessão singular: o sucessor, aproveitando a falta de tutela possessória e a relatividade dos efeitos da *locatio*, estava legitimado a privá-lo da *res*, invocando a posse ou um direito de cariz real⁴³⁴. E, mais uma vez, nada restava ao locatário senão a *actio conducti* contra quem com ele contratara⁴³⁵.

4.2 – Pactos que estabeleciam a continuidade da detenção do locatário

Essa responsabilidade, traduzível em mera indemnização pecuniária, não seria, todavia, *despicienda*⁴³⁶, o que era demonstrado pelo cuidado que os locadores tinham em adicionar ao contrato de compra e venda⁴³⁷ pactos através dos quais o comprador se obrigava a respeitar a posição do *conductor*, mantendo-o no gozo da coisa pelo período estabelecido (a questão só se colocava nos contratos celebrados por tempo determinado, durante o qual o locatário tinha o direito ao gozo da coisa; tratando-se de uma locação por tempo indeterminado, o locador podia pôr-lhe termo a todo o momento, sem incorrer em qualquer responsabilidade contratual, o que bastaria para transmitir a *res* desocupada)⁴³⁸. Assim depõem D.19,2,25,1 e C.4,65,9 (de 234).

Segundo D.19,2,25,1⁴³⁹, quem entregara em locação um *fundus* para fins de exploração ou um edifício para habitação, e por qualquer motivo vendera o *fundus* ou o edifício, devia tomar providências (“*curare debet*”) para que, ao abrigo do mesmo pacto, o comprador permitisse ao arrendatário continuar a explorar ou viver no prédio. Se disso fossem proibidos, o *colonus* ou o *inquilinus* podiam agir *ex conducto*.

⁴³⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 484; KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., p. 184; HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, cit., pp. 155-156.

⁴³⁵ Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 567; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., nº 940; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 30; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 68; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 378; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 484; LÓPEZ PEDREIRA, *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 76.

⁴³⁶ Cf., *supra.*, I.2.5.

⁴³⁷ A compra e venda é a hipótese prevista nas fontes e, por isso, será aquela a que doravante nos referiremos.

⁴³⁸ Como adverte GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 26.

⁴³⁹ “*Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*”.

Já *rescriptum* do Imperador Alexandre Severo contido em C.4,65,9⁴⁴⁰ determinava que o comprador de um *fundus* não era obrigado a conservar o *colonus* a quem o anterior proprietário o dera de arrendamento, a não ser que tivesse comprado nessas condições. Se fosse provado algum pacto que consentira a permanência do arrendatário, ainda que sem redução a escrito, o comprador podia ser obrigado a cumpri-lo, através da acção de boa fé.

Tratava-se, como facilmente se percebe, de *pacta adiecta*⁴⁴¹: acordos que continham cláusulas acessórias de um contrato e que, quando também fossem *in continenti* (isto é, celebrados em momento simultâneo ao da conclusão do contrato que acompanhavam), podiam ser invocados, no âmbito dos negócios de boa fé, na respectiva *actio bonae fidei* (D.2, 14, 7, 5⁴⁴²)⁴⁴³. Sendo as *actiones bonae fidei* aquelas em que o juiz devia conhecer todas as circunstâncias que rodeiam o negócio em causa⁴⁴⁴, nestas incluíam-se tais pactos⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ “*Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur*”.

⁴⁴¹ V.g., MENYNIAL, *Note Sur La “Loi Emptorem”*, cit., p. 415; WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 43 e 45; OKKO BEHREND, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in “*Studi in Onore di Cesare Sanfilippo*”, Giuffrè Editore, vol. V, Milão, 1984, p. 55; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 499, e *Emptio Tollit Locatum. L’Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 272; LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 120.

⁴⁴² “*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*”.

⁴⁴³ Vide ALBERTO BURDESE, *Patto (diritto romano)*, in NDI, vol. XII, UTET, Turim, 1965, p. 710; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 509-511; VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 649, nota 1816 da p. anterior, e p. 779, nota 2182 da p. 778; GEORGE MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer Verlag, Berlim/Heidelberg, 2012, p. 245.

⁴⁴⁴ Precisamente a propósito das *actiones empti* e *venditi*, GAIUS 4,62 caracterizava-as como *bonae fidei iudicia* (“*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito...*”) e D.18,1,6,1 estabelecia que se devia atender mais ao que se quis fazer do que ao que foi dito (“*...in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit...*”). Por todos, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 247-248, e VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., p. 88, especialmente nota 41.

⁴⁴⁵ SLAVOMIR CONDANARI-MICHLER, *Pactum*, in PAULY/WISSOWA, “*Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*”, vol. XVIII, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, Estugarda, 1942, col. 2142 e ss.; GENEROSO MELILLO, *Patti (storia)*, in ED, vol. XXXII, Giuffrè Editore, Milão, 1982, p. 490; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 144; VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 779, nota 2182 da p. 778.

Se o comprador respeitasse o pacto ou, mesmo que ele não existisse, não fosse beliscada a detenção do locatário, nenhum problema se levantaria⁴⁴⁶.

Se, contudo, não fossem convencionados semelhantes *pacta*, o *emptor* não teria peias em expulsar o arrendatário e, se o fizesse, estaria a agir licitamente. O senhorio/vendedor nada lhe poderia exigir e, pelo contrário, teria de arcar com uma eventual responsabilidade *ex conducto* sem qualquer direito de regresso⁴⁴⁷.

Mas será que os pactos em análise permitiam vislumbrar um acordo a favor de terceiro? A resposta afirmativa foi dada por JOSEPH UNGER: o *pactum* de cuja celebração o vendedor “*curare debet*” muniria o arrendatário de uma posição jurídica oponível ao comprador, impedindo o despejo antecipado⁴⁴⁸. Como argumento recorre-se a uma analogia com D.39,5,24⁴⁴⁹, fragmento respeitante à *donatio*: se o *fideiussor* garantiu a obrigação de quem prometeu *donationis causa* mais do que o permitido por lei, era-lhe concedida uma excepção (face ao próprio credor) para não perder a *pecunia* se o devedor principal se viesse a encontrar numa situação de insolvência⁴⁵⁰.

PAUL COLLINET considera que a versão de D.19,2,25,1 que chegou até nós é interpolada. O texto original referir-se-ia a uma *mancipatio* fiduciária – o locador transferia a propriedade do prédio através da *mancipatio*, convencionando com o adquirente, no *pactum fiduciae*, que aquele respeitará o direito de gozo do arrendatário⁴⁵¹. “*Aliqua ex causa*” constituiria uma expressão supérflua para uma venda, mas compreender-se-ia como “*fiduciae causa*”; “*eadem*” (“*pactione*”) seria da lavra dos compiladores, pretendendo aludir à compra e venda através de uma elipse⁴⁵².

⁴⁴⁶ Como conclui GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 28.

⁴⁴⁷ TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 267; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 36; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit, p. 68.

⁴⁴⁸ UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in “*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*”, 1871, pp. 21-22, nota 25.

⁴⁴⁹ “*Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne, si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat*”.

⁴⁵⁰ UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, cit., p. 22, nota 25.

⁴⁵¹ A mais importante modalidade de *fiducia*, a *fiducia cum creditore*, “[c]onsistia na transferência da propriedade (datio) de uma res mancipi, feita pelo devedor ou por um terceiro (fiduciante) para o credor (fiduciário), através da *mancipatio*, ficando o fiduciário com a obrigação de restituir a propriedade ao garante quando o devedor realizasse a *solutio* ou a *satisfactio*”. À *mancipatio fiduciae causa* acrescia, como elemento essencial, um *pactum fiduciae* (que era um *pactum adiectum*), que disciplinava os termos da restituição da propriedade e o modo de satisfação do crédito quando o devedor não cumprisse a obrigação garantida. Cf. ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, «*Fiducia cum Creditore*» – *Aspectos Gerais*, in Suplemento do BFDUC, vol. XXXIV, 1990, pp. 21-32, e A «*Fiducia*» *Romana e a Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Actual*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 175-176 (de onde retirámos a transcrição) e 181-182.

⁴⁵² PAUL COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, in “*Studi di Storia e Diritto in Onore di Enrico Besta per ir XL Anno del Suo Insegnamento*”, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1939, pp.

Aquela cláusula do *pactum fiduciae* teria duas razões de ser: evitaria uma *actio conducti* contra o locador por não ter sido proporcionado o gozo do prédio e, simultaneamente, permitiria que a situação arrendatícia anterior se mantivesse quando voltasse a ser proprietário, por força de uma *remancipatio* (realizada, por exemplo, porque cumpriu a obrigação garantida por uma *fiducia cum creditore*)⁴⁵³.

Assim se justificaria, no juízo de COLLINET, uma derrogação de D.50,17,73,4 (“*Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*”: nem através de pacto, nem de *lex dicta*, nem de *stipulatio*, pode alguém obrigar

96-98, 99-101, a súmula da p. 103, e 105-107 a respeito de C.4,65,9, onde, pelos mesmos motivos, haveria interpolação em *aliquo pacto* (que teria substituído *fiduciae pacto*) e *bonae fidei* (ao invés do primitivo *fiduciae*) *iudicio* (é um ponto que nos interessa manifestamente menos, pois para COLLINET a *constitutio* não consagrava um direito exercível por terceiro).

A teoria foi combatida por WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 41-42, para quem a obra de GAIUS sobre o *edictum provinciale* (da qual foi extraído o fragmento: *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*) dificilmente trataria de uma *mancipatio* (cf., igualmente, THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 36), não obstante os argumentos de COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., pp. 102-103, de que a reconstituição do livro X, constante da *Palingenesia* de LENEL, demonstraria uma referência à *fiducia*.

MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., pp. 44-45, não endossa a hipótese, ao passo que TORRENT, *Exceptiones Pactadas*, cit., p. 264, nota 4 considera o texto genuíno (e na nota 5 da mesma p. qualifica como errônea a opinião do Autor francês). É MAX KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, in “*Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode: ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*”, Verlag Böhlau, Viena, Colônia, Graz, 1986 (publicado originalmente in “*Festschrift für Edwin Seidl zum 70. Geburtstag*”, Peter Hanstein Verlag, Colônia, 1975), p. 203, nota 25, quem mais abertamente admite a tese como concebível (“*denkbar*”). Na síntese de RAFAËL VERSTEGEN *Emptori Quidem Fundi Necesse Non Est Stare Colonum. C. 4,65,9, un Exemple d’Interpretatio Duplex*, in “*Collatio Iuris Romani – Études Dédiées a Hans Ankum à l’Occasion de son 65^e Anniversaire*”, J. C. Gieben, Éditeur, Amesterdão, 1995, p. 569, a argumentação de COLLINET nunca convenceu verdadeiramente a romanística, o que não nos surpreende, dada a sua falta de fundamentos sólidos que vão para além de conjecturas.

Encontra-se em VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., pp. 495 e ss., uma ideia que comunga em alguns pontos da tese de COLLINET, embora sem se enredar nas teias da crítica interpolacionista: primitivamente, a *mancipatio* pela qual se transmitia a propriedade da *res* vendida era acompanhada por *nuncupationes* ou por *leges mancipatio dictae* que determinavam um retardamento da transferência da posse, de molde a assegurar o direito de gozo do locatário (GAIUS 4,131a e D. 18,1,68,2 descreveriam, em termos gerais, essa dissociação entre a *mancipatio* e a transferência da posse: “*Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, [. . . . vv. 1 1/4] re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supersit actio*”; “*Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat. Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuum possessionem tradat, cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolo malus eius aestimaretur*”). O “*habitationem exceperit*” de D.19,1,13,30 indicaria a construção.

A função das *nuncupationes* e das *leges mancipatio dictae* teria sido posteriormente desempenhada pelos *pacta adiecta*, embora os últimos não impedissem a transferência da posse a favor do comprador (sobre este ponto, também, VERSTEGEN, *Emptori Quidem Fundi Necesse*, cit., p. 581).

⁴⁵³ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., pp. 103-104.

outrem)⁴⁵⁴, permitindo-se ao próprio arrendatário agir *ex conducto* contra o vendedor que o expulsasse, apesar de ser um terceiro⁴⁵⁵.

Com a queda em desuso da *fiducia* na época pós-clássica e a consequente abolição pela compilação justinianeia⁴⁵⁶, a referência ao *pactum fiduciae* teria dado lugar ao *pactum* acessório da compra e venda⁴⁵⁷.

Também BONFANTE se destacou na defesa da existência de um acordo a favor de terceiro: ao acrescentar ao texto da constituição imperial contida em C.4,65,9 o segmento “*nisi ea lege emit*” (que, se já estivesse contido na versão original, tornaria supérflua e desnecessária a segunda frase do parágrafo: “*Verum ... cogitur*”), os compiladores justinianeus teriam tido a intenção de tornar o direito do arrendatário oponível ao comprador⁴⁵⁸.

Refira-se, ainda, EGON WEISS, para quem D.19,2,25,1 e C.4,65,9 previam alguns dos raros acordos a favor de terceiro admitidos na época clássica, que obrigavam o transmissário a manter a detenção do arrendatário e isentavam o transmitente de indenizar o último pelo eventual não cumprimento⁴⁵⁹.

Creemos, porém, que estas perspectivas não devem ser seguidas. Desde logo, o locatário estava impedido de adquirir direitos por via do contrato de alienação. A isso obstava a regra *per extraneam personam nobis adquiri non posse*, presente em GAIUS 2,95 e repetida na sua substância em I.2,9,5 (“*per extraneam personam nihil adquiri posse*”)⁴⁶⁰. Os *pacta* que reservassem a continuação do gozo do prédio pelo arrendatário não constituíam qualquer desvio: sendo celebrados exclusivamente entre o locador e o comprador, o *conductor* afigurava-se sempre uma *extranea persona* quanto a eles.

⁴⁵⁴ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., pp. 104-105.

⁴⁵⁵ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., pp. 107 (“*c’était au fermier (ou au locataire) que Gaius accordait le droit d’agir par l’action ex conducto*”)-108.

⁴⁵⁶ Sobre o ponto, VIEIRA CURA, «*Fiducia cum Creditore*», cit., pp. 176-178, e A «*Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Actual*», cit., p. 178

⁴⁵⁷ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., p. 107.

⁴⁵⁸ PIETRO BONFANTE, *I Contratti a Favore di Terzi*, in “Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana. Studi di Diritto Pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia”, Tipografia già Cooperativa, Pavia, 1934, p. 230, e, no mesmo sentido, LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., pp. 124-125.

⁴⁵⁹ *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, 2ª edição, Verlag von J. Hess, Estugarda, 1949, p. 409.

⁴⁶⁰ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 491; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 34; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., 16.

Em estreita correspondência⁴⁶¹, as estipulações a favor de terceiro eram um “anátema” para os juristas clássicos⁴⁶², como demonstra a regra *alteri stipulari nemo potest* (presente em D.45,1,38,17⁴⁶³)⁴⁶⁴, com evidente ligação a D.44,7,11⁴⁶⁵ e generalizada em D.50,17,73,4⁴⁶⁶. Ainda que a genuinidade do último texto seja discutida⁴⁶⁷, *alteri stipulari nemo potest* era reflexo de um princípio geral (“*per extraneam personam nihil adquiri posse*”) que não se limitava à *stipulatio*⁴⁶⁸.

É certo que não eram proibidas todas as estipulações que tivessem por objecto uma prestação a um terceiro. Na época clássica, sob os auspícios da regra geral da condenação pecuniária imposta pelo *agere per formulas*, a ineficácia recaía sobre as *stipulationes* cujo objecto fosse um *dari certum* (*maxime* GAIUS 3,103⁴⁶⁹ e C.8,38,3

⁴⁶¹ Neste preciso sentido, FABIANA MATTIOLI, *Il Contratto a Favore di Terzo. Spunti per una Comparazione Diacronica dal Diritto Romano al “Draft Common Frame of Reference”*, in RIDROM, Abril 2011, p. 8.

⁴⁶² A expressão é de ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 378-379.

⁴⁶³ “*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis*”.

⁴⁶⁴ A regra *alteri stipulari nemo potest* era uma consequência concreta da aplicação de *per extraneam personam nihil adquiri posse*, não obstante o âmbito de aplicação autónomo desta, que proibia a representação directa: SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., nº 822; MARÍA VICTORIA SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, in “*Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*”, 2000, pp. 293 e 294-295.

⁴⁶⁵ “*Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*”. Cf. GEORGES CORNIL, *Explication Historique de la Règle ‘Alteri Stipulari Nemo Potest’*, in “*Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL Anno del Suo Insegnamento*”, vol. IV, Arti Grafiche G. Castiglia – Editore, Palermo, 1936, cit., p. 244 (“... *il est impossible qu’une stipulation procure une action directement à une autre personne que le stipulant meme*”).

⁴⁶⁶ A propósito da proibição de efeitos do contrato em relação a terceiros, cf., por exemplo, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 8 e ss., KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., pp. 491 e ss., ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 34 e ss., WALTER BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter: neuere Dogmengeschichte - Anwendungsbereich - dogmatische Strukturen*, Mohr Siebek, Tübingen, 1995, pp. 6 e ss., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 28-29, VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., pp. 228-229, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 196, MAYER-MALY, *Römisches Recht*, cit., p. 94, SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., pp. 299 e ss., MATTIOLI, *Il Contratto a Favore di Terzo*, cit., pp. 8 e ss., HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 7 e ss..

⁴⁶⁷ Vejam-se CORNIL, *Explication Historique*, cit., p. 251, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 8-10, ou ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 35, nota 6 (onde se vota pelo carácter clássico do parágrafo).

⁴⁶⁸ CORNIL, *Explication Historique*, cit., p. 251; SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., nº 823; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 491; MARÍA ETELVINA DE LAS CASAS LÉON, “*De Inutilis Stipulationibus*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 104.

⁴⁶⁹ “*Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum ualeat stipulatio. nostri praeceptores putant in uniuersum ualere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum*”.

pr.⁴⁷⁰)⁴⁷¹. Com efeito, a exigência do pagamento de quantia certa ou da dação de coisa certa tinham os meios adjectivos de concretização referidos em D.12,1,24⁴⁷² e I.3,15 pr.⁴⁷³ ⁴⁷⁴, cujas fórmulas impunham que o *stipulator* provasse que o demandado estava obrigado a dar-lhe, respectivamente, o montante ou a *res* em causa⁴⁷⁵:

“*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numer um Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato si non paret absolvito*”⁴⁷⁶.

“*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito*”⁴⁷⁷.

O demandante não podia exigir, pois, que a obrigação fosse cumprida a favor de um terceiro. A fórmula processual não o comportava, uma vez que requeria que a prestação fosse efectuada ao próprio credor⁴⁷⁸.

deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diuersae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera uero parte inutilem esse stipulationem”.

⁴⁷⁰ “*Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest*”.

⁴⁷¹ Seguem-se HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 10-11.

⁴⁷² “*Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur*”.

⁴⁷³ “*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fieri nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens*”.

⁴⁷⁴ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 542; D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 486. A designação clássica da *actio certa ex stipulato* é problemática: *actio certae creditae pecuniae/condictio certae creditae pecuniae; actio ex stipulatu certi/condictio triticaria* ou *conditio certae rei*. Para mais indicações, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 89.

⁴⁷⁵ VOCI, *Istituzioni*, cit., p. 187.

⁴⁷⁶ Cf. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 237.

⁴⁷⁷ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 240. Como a condenação era forçosamente em *pecunia*, fazia-se a estimação do valor da coisa devida, à qual se refere a expressão “*quanti ea res est*”: cf. VOCI, *Istituzioni*, cit., pp. 187-188.

⁴⁷⁸ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 543, nota 49, e *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 198; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 37; BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., pp. 12-13; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 10-11.

Segundo GAIUS 3,103, perante uma *stipulatio* em que se prometeu *dari* ao *stipulator* e a um terceiro (“*sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur*”), os Sabinianos (escola com que GAIUS se identificava: SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., p. 394) entendiam que o *stipulator* podia exigir a totalidade (“*nostri praeceptores putant in uniuersum ualere et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset*”). Já os Proculeianos pronunciavam-se no sentido de que o credor teria o direito a apenas metade (“*sed diuersae scholae auctores dimidium ei deberi existimant; pro altera uero parte inutilem esse stipulationem*”) – a *stipulatio*, na parte consignada ao terceiro, não produziria efeitos, uma vez que *alteri stipulari nemo potest* (o mesmo argumento estava subjacente ao raciocínio sabiniano, embora as consequência dele retiradas fossem diferentes). A opinião que GAIUS atribuía à Escola Proculeiana era partilhada por POMPONIUS (D.45,1,110 pr.: “*Si mihi et Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debentur: pars*

Se o objecto fosse um *incertum*, a fórmula da *actio ex stipulatu* era indeterminada (GAIUS 4,136: “*Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua*”) – como se conclui de “*quidquid ... dare facere oportet*”⁴⁷⁹ – e aí, portanto, já não se levantavam obstáculos a uma *stipulatio alteri dari* ou *facere*, posto que o *stipulator* nela tivesse um interesse patrimonial⁴⁸⁰. Detenhamo-nos no último aspecto.

D.45,1,38,17 pressupunha genericamente a falta de interesse naquilo que é prestado aos outros (“*ceterum ut alii detur, nihil interest mea*”): qual o *id quod interest* por não ter sido efectuada uma prestação a um terceiro? Tratava-se de algo que, em princípio, era totalmente indiferente ao credor⁴⁸¹.

enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem”) e IULIANUS (D.45,1,56 pr.: “*Eum, qui ita stipulatur: "mihi et Titio decem dare spondes?" vero similis est semper una decem communiter sibi et Titio stipulari, sicuti qui legat Titio et Sempronio, non aliud intellegitur quam una decem communiter duobus legare*”), sendo aquela que viria a constar de I.3,19,4 (“*...sed placet, non plus quam partem dimidiam ei adquiri*”).

Vide GIOVANNI PACCHIONI, *I Contrati a Favore di Terzi. Studio di Diritto Romano, Civile e Commerciale*, 3ª edição, Cedam, Pádua, 1933, cit., pp. 14-15; CORNIL, *Explication Historique*, cit., pp. 245-247; KASER, *últ. loc. cit.*; CASAS LÉON, “*De Inutilibus Stipulationibus*”, cit., p. 104; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 11, nota 7.

⁴⁷⁹ Cf. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., pp. 151 e ss.; KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 542; D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 486; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., pp. 302-303.

⁴⁸⁰ KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 198-199; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 37-38; BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 12; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., pp. 302-303; CASAS LÉON, “*De Inutilibus Stipulationibus*”, cit., p. 102; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 11.

⁴⁸¹ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 35-36; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., p. 302.

Segundo PACCHIONI, *I Contrati a Favore di Terzi*, cit., pp. 22-24, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 11, ou SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., n.ºs 822 e 823, a passagem foi objecto de interpolação. Os argumentos apresentados parecem de pouca valia, pois, além de questões gramaticais, a sua substância reside na suposta imperfeição da justificação apresentada para a proibição da *stipulatio alteri*: qualquer pessoa minimamente sensata não celebraria um negócio em que não tivesse um qualquer interesse.

Não se antolha, porém, qualquer motivo para atribuir aos compiladores justinianeus (só porque eram justinianeus...) uma desajeitada falta de talento (“*goffaggine*” é o termo empregado por PACCHIONI) ou uma errónea suposição de falta de interesse (como faz SCHULZ). Especialmente porque o tipo de argumento de D.45,1,38,17 surge em outros textos, como D.45,1,97,1 (“*... quid enim mea interest id a te fieri, quod si non feceris, aequae salvam pecuniam habiturus sum?*”), ligado à regra *omnis condemnatio pecuniaria*: cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 35. Também KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 198-199 critica aquele “interpolacionismo radical”.

Mas o mesmo texto abria a porta a que, indirectamente, fossem tomados em consideração potenciais interesses do *stipulator* subjacentes à *stipulatio alteri*, mediante uma *stipulatio poenae* para a eventualidade de não cumprimento do acordado (isto é, se não fosse efectuada a prestação a favor do terceiro)⁴⁸²: em tal caso, não era preciso examinar esses interesses em presença, bastando apurar o montante e as condições da pena (“*Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis*”)⁴⁸³.

Não obstante certa crítica interpolacionista⁴⁸⁴, é pacífico que já a *iurisprudentia* clássica admitia a validade e eficácia da *stipulatio alteri* quando o seu objecto consistia numa prestação cuja execução era devida pelo *stipulator* ao terceiro⁴⁸⁵. Apontam-se D.45,1,38,20-21 como manifestações desse interesse do estipulante⁴⁸⁶.

⁴⁸² CORNIL, *Explication Historique*, cit., pp. 252-253; ALBERTARIO, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 287 (“... la parte, che si è vincolata com la penale, viene indotta ad adempiere la prestazione per sfuggire alla penale a cui si è obbligata”); ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 38; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., p. 304; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 29; CASAS LÉON, “*De Inutilibus Stipulationibus*”, cit., pp. 101-102; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 13 e 19.

⁴⁸³ No mesmo sentido, I. 3,19,19: “... plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena ‘nisi dederis, tot aureos dare spondes?’ tunc committitur stipulatio”.

⁴⁸⁴ Por exemplo, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 12-14, e SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., nº 821 (“... ni debemos admitir que la efectividade de la estipulación pueda exigirse por ele stipulator si éste tenía un interés real en el cumplimiento de la estipulación. Ello constituye un “escapismo” de la peor especie, pues tales interpretaciones resultan absolutamente inconciliables con el texto de Gayo [G 3,103 e -3,163]”).

⁴⁸⁵ Numa perspectiva bastante mais moderada do que a dos Autores referidos na nota anterior, PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., pp. 18 e ss., pronuncia-se pela ocorrência de uma evolução paulatina desde a época clássica, quando MARCELLUS admitia a possibilidade da *stipulatio* referida em D.45,1,38,20 (“*Ora questa decisione anzichè dimostrarci che, già nell’epoca classica, la stipulatio alteri fosse, in generale, riconosciuta valida fra le parti ogni quavolta il promissario vi avesse un interesse proprio, ci attesta che MARCELLO dubitava, pure ammettendolo (posse defendi)...*” – p. 19). Leia-se a síntese apresentada a pp. 24-25: “*Nel diritto classico la stipulatione alteri venne forse riconosciuta valida per lo stipulante solo in una serie di casi singoli nei quali si aveva compenetrazione di interessi; casi cioè nei quali lo stipulante si faceva promettere una prestazione al terzo che egli era già giuridicamente tenuto ad eseguire al terzo medesimo. Nell’epoca postclassica si proseguì in questa via e si pervenne, forse per opera dei compilatori teodosiani, a riconoscere valida fra le parti ogni stipulatio alteri che avesse un interesse qualsiasi per lo stipulante (Cost. 3, Cod. 8,38 (39))*”.

⁴⁸⁶ PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., pp. 19-20; ALBERTARIO, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 285; ERICH-HANS KADEN, *Recensão a Gerhard Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, in SZR, 1950, p. 551 (que, embora reconheça a existência de indícios formais de interpolação, reputa materialmente genuína a consideração do interesse do *stipulator*); KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 491, e *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 200-201; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 36-37; BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 13; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., pp. 301-302;

Na primeira disposição⁴⁸⁷, o tutor deixou a totalidade da administração ao co-tutor, mas exigiu-lhe, através de *stipulatio*, a prestação de uma *cautio rem pupilli salvam fore* que garantisse a boa administração. Na conclusão de SANTOS JUSTO, “[e]sta stipulatio era válida porque a má administração do património do pupilo podia causar a responsabilidade do tutor”⁴⁸⁸.

Segundo D.45,1,38,21⁴⁸⁹, o empreiteiro comprometeu-se a construir uma *insula* e, posteriormente, celebrou com outro empreiteiro uma *stipulatio*, através da qual o segundo se obrigou a continuar a obra. Tal *stipulatio* era eficaz porque o *stipulator* estava obrigado para com o terceiro à luz do primeiro negócio⁴⁹⁰.

Em suma, o direito clássico exigia duas condições para que o *stipulator* pudesse reagir contra uma violação da *stipulatio alteri*: o contrato devia versar sobre um *incertum*; a existência de um interesse do credor na realização da prestação, traduzido, pelo menos, na adstrição do *stipulator* à execução da mesma prestação a favor do terceiro.

O sistema da *cognitio extra ordinem* levou à abolição do primeiro requisito, cuja raiz era puramente processual⁴⁹¹. Permaneceu o segundo (já não confinado ao *dari incertum*)⁴⁹², como regista I.3,19,20 (“*Sed si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere*”), que na primeira parte repete o exemplo oferecido em D. 45,1,38,20⁴⁹³.

SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 29; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 13-14.

⁴⁸⁷ “*Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. Et ait marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. Is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore. Ait Marcellus posse defendi stipulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit*”.

⁴⁸⁸ *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 29. Para WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 13-14, tratava-se, apenas, de uma representação indirecta na gestão dos interesses do pupilo.

⁴⁸⁹ “*Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promississet Titio fundum Maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se daturum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio datu iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem*”.

⁴⁹⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 37.

⁴⁹¹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 38; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., p. 303; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 12. Sobre a importância das questões processuais para a invalidade dos contratos a favor de terceiro, CORNIL, *Explication Historique*, cit., p. 245 (“... la nulité de la stipulation pour autrui est caractérisée par l’absence d’action en justice”).

⁴⁹² SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., p. 303; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 14. Segundo a tese interpolacionista, o requisito foi alargado a qualquer interesse do *stipulator*, como em D.45,1,38,22-23 (PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 20).

⁴⁹³ “... nam si is qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est, rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum

Repare-se que tudo isto se referia à eficácia *inter partes* das *stipulationes alteri*. Mediante os aludidos requisitos, o credor poderia demandar o *promissor* se este não realizasse a prestação a favor do terceiro, mas do negócio não surgia qualquer direito para o último, pois “*per extraneam personam nihil adquiri posse*”⁴⁹⁴. Não havia, pois, um verdadeiro e próprio contrato a favor de terceiro (“*echter Vertrag zugunsten Dritter*”) mas, sim, aquilo que modernamente se qualifica como um contrato a favor de terceiro em sentido impróprio (“*unechter Vertrag zugunsten Dritter*”)⁴⁹⁵.

O mesmo se aplicava a quaisquer outros acordos distintos da *stipulatio* (por exemplo, compra e venda, depósito, doação, constituição de dote): só o interesse do credor na prestação a favor do terceiro legitimava a sua eficácia entre os contraentes⁴⁹⁶. A regra “*per extraneam personam nihil adquiri posse*” assim o voltava a impor.

Os verdadeiros e próprios acordos a favor de terceiro só foram admitidos pontualmente⁴⁹⁷: se alguém entregava em comodato ou depósito *res* alheia, concedia-se

obligatus futurus esset pupillo si male res gesserit, tenet obligatio...”. Cf. CASAS LÉON, “*De Inutilibus Stipulationibus*”, cit., pp. 102-103; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 14.

⁴⁹⁴ Cf., por exemplo, PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 20; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 39; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., pp. 303-304; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 29; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 14 e 19.

⁴⁹⁵ Sobre o ponto cf., por todos, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 491, e *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 197.

Na hodierna civilística, a distinção está perfeitamente firmada, sendo também usadas outras designações como *berechtigender Vertrag zugunsten Dritter* (contrato legitimador do direito do terceiro) e *ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter* (contrato autorizativo da realização da prestação ao terceiro): compulsem-se, v.g., KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1987, pp. 217-220, HANS BROX/ WOLF-DIETRICH WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 30ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004, p. 347, DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 16ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2005, p. 288, PETER SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª edição, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 275-276, HARM PETER WESTERMANN/PETER BYDLINSKY/ RALPH WEBER, *BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5ª edição, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, pp. 276-277; na doutrina nacional, também a título ilustrativo, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pp. 410-411, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 350-353.

⁴⁹⁶ Vide HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 15: “...there were many more legal acts, where it could be stipulated in a clause or in an informal pact that—apart from the parties’ main obligations—something be done or given to a third party, such as in contracts of sale, deposit, in donation, the granting of a dowry, etc. However, without the monetary interest of the ‘stipulator’ of the contractual clause—and what is meant here is not the stipulator of the verbal contract (*stipulatio*), but the vendor, depositor or donor—only in a number of exceptional cases, does the *Corpus iuris* consider such clauses to be effective and even enforceable by the third-party beneficiary”.

⁴⁹⁷ V. g., KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 491, especialmente nota 32; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 39-40; BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., pp. 15 e ss.; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, cit., p. 304; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 29-30; HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 18-19.

ao proprietário uma *actio depositi utilis* para exigir a restituição (C.3,42,8, pr.-1)⁴⁹⁸; no âmbito da *donatio sub modo*, se o donatário prometeu ao doador que ao fim de certo tempo restituiria a *res* a outrem, outorgava-se-lhe uma *actio utilis* para que o pudesse exigir (C.8,54,3)⁴⁹⁹; se, ao celebrar-se um contrato de compra e venda da *res* entregue em penhor, o credor pignoratício e o comprador acordaram que este a venderia ao devedor da obrigação garantida se ele pagasse o preço, reconhecia-se ao último o direito à *vindicatio* através de uma *actio in factum* (D.13,7,13 pr.)⁵⁰⁰; se o avô materno da esposa constituía um dote, que o marido se comprometeu a restituir àquela na hipótese de ocorrer um divórcio sem culpa sua, atribuía-se à *uxor* uma acção útil para o exigir (D.24,3,45)⁵⁰¹; se o marido convencionasse com o sogro restituir o dote aos netos se a esposa o precedesse na morte, concedia-se aos netos uma *actio utilis* (C.5,14,7)⁵⁰².

Repare-se que ressalta das pertinentes fontes (não isentas de suspeitas de interpolação) uma intenção de equidade, pois eram concedidas ao terceiro acções úteis ou, então, *in factum*, o que correspondia à intervenção do pretor no sentido de atribuir tutela jurídica a situações que não eram previstas pelo *ius civile*⁵⁰³.

⁴⁹⁸ “*Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. I. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio*”.

⁴⁹⁹ “*Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictione actionis persecutionem competere. I. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competeat, tibi accommodabitur*”.

⁵⁰⁰ “*Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere*”.

⁵⁰¹ “*Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: “Si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque”. Quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cuius potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. Respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est Seiae posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defrudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est*”.

⁵⁰² “*Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restituí, licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio*”.

⁵⁰³ Sobre o papel de integração de lacunas do *ius civile romanorum* através da outorga pelo pretor de acções *in factum conceptae* (actiones livremente concebidas pelo pretor para proteger determinados factos) e de acções úteis (que consistiam na extensão de certas acções a pessoas ou em

No nosso ver, resulta da disciplina que acabámos de expor que os pactos referidos em D.19,2,25,1 e C.4,65,9 não concediam ao locatário qualquer direito perante o adquirente e nem sequer eram estabelecidos com a intenção de o favorecer. D.19,1,13,30 corrobora-o.

D.50,17,73,4 (que, como se observou, proibia *pacta* com efeitos para terceiros)⁵⁰⁴ é da autoria de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, pelo que SERVIUS e TUBERO, juristas citados por ULPIANUS em D.19,1,13,30⁵⁰⁵, certamente conheciam a proibição de efeitos para terceiros quando se pronunciaram sobre o problema da venda de prédio arrendado⁵⁰⁶.

Ora, segundo esse texto ulpiano⁵⁰⁷, se o vendedor reservasse os direitos do arrendatário à habitação ou ao desfrute do prédio por um certo tempo, SERVIUS entendia que aquele tinha à sua disposição a *actio ex vendito*. TUBERO afirmava, por seu turno, que se o *colonus* causasse dano, o comprador poderia agir *ex empto* contra o vendedor, obrigando-o a actuar *ex locato* contra o arrendatário e a entregar-lhe tudo aquilo que conseguisse desse modo.

O parágrafo mostra que, se o comprador não respeitasse a reserva dos direitos do arrendatário, era o locador/vendedor quem podia reagir contra isso, com base no não cumprimento do contrato de compra e venda. Não surgia qualquer direito do arrendatário face ao *emptor*⁵⁰⁸.

circunstâncias diferentes daquelas para que haviam sido criadas, num claro exercício analógico), cf., por todos, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 337-338, ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 238 e 256 e ss., e *As Acções do Pretor (Actiones Praetoriae)*, Coimbra, 1997, pp. 32-33 e 49-51, e VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, cit., p. 391.

⁵⁰⁴ Tratava-se, claro está, de pactos que gerassem obrigações, como os *pacta adiecta* de D.19,2,25,1 e C.4,65,9: JAN HALLEBEEK, *An “Action Tailored to the Facts”: Some Remarks Concerning the Actio in Factum of D. 13,7,13 pr. in the Tradition of Continental European Legal Scholarship*, in “Viva Vox Iuris Romani – Essays in Honour of Johannes Emil Spruit”, J. C. Gieben, Publisher, Amesterdão, 2002, p. 184.

⁵⁰⁵ “*Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse servius putabat ex vendito esse actionem: denique tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat*”.

⁵⁰⁶ Assim, TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 266, e LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 122. Relembre-se que QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (que terá morrido em 82 a.C.) e SERVIUS SULPICIUS RUFUS (falecido em 43 a.C.), jurisconsultos da época pré-clássica, travaram “*discussões vivíssimas*”, registadas em D.1,2,2,43 – SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 383-386.

⁵⁰⁷ Cuja essência é autêntica, não obstante as muitas suspeitas que recaem sobre “*vel colono-tempus*” – THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 38.

⁵⁰⁸ JAN VÁZNY, *Il Problema Generale dei Contratti a Favore di Terzi nel Diritto Romano*, in BIDR, 1932, pp. 74-76; TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 268.

Como já adiantámos⁵⁰⁹, a segunda parte do preceito confirma que entre o arrendatário e o comprador não havia qualquer relação jurídica. Perante os danos causados pelo colono, o comprador do prédio devia intentar a *actio empti* contra o locador (na qualidade de vendedor, evidentemente) para que este pudesse agir *ex locato* contra o *colonus*⁵¹⁰.

A violação do *pactum* que tivesse sido inserido na *emptio venditio* não legitimava, portanto, uma actuação do *conductor* face ao *emptor* – o que era revelado pelo complexo encadeamento de relações e *actiones* descrito (*actio ex empto* → *actio ex locato* → *id quod interest*)⁵¹¹. Estava fora de causa qualquer direito exigível por um estranho ao contrato de compra e venda⁵¹².

A regra dos efeitos relativos do acordo de vontades mantinha-se inteiramente⁵¹³. Se o adquirente procedesse à expulsão antes do final do prazo da locação, o *conductor* poderia, sim, responsabilizar o *locator*, por via da *actio conducti*⁵¹⁴. A parte final de D.19,2,25,1 (“*alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*”) demonstrava que, se o arrendatário fosse despejado antes de tempo pelo comprador, ficava à sua disposição a *actio conducti* baseada no incumprimento do contrato de locação (a exercer contra o vendedor/senhorio) e não qualquer pretensão contra o adquirente⁵¹⁵. Mesmo que o trecho “*alioquin...conducto*” seja fruto de uma intervenção pós-clássica⁵¹⁶, tal não representou qualquer alteração à solução do direito clássico mas, tão-só, um reforço clarificador⁵¹⁷ e é significativo que surja logo de seguida à previsão do *pactum*.

⁵⁰⁹ *Supra* I.4.1.

⁵¹⁰ TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 268; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 504.

⁵¹¹ TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., pp. 268-269.

⁵¹² *Vide*, também, SANTOS JUSTO, *A Locatio Conductio Rei*, cit., p. 32, COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 74, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 45, GENIUS, *ob. cit.*, p. 37, nota 142, BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 14, e LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., pp. 122-123 e 125-126.

⁵¹³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 378-379.

⁵¹⁴ SANTOS JUSTO, *A Locatio Conductio Rei*, cit., p. 32; KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 203; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit. p. 68; BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 14.

⁵¹⁵ Cf. TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 266, e LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., pp. 122-123.

⁵¹⁶ Sobre o ponto, COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., pp. 101-102, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 41, e MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 42.

⁵¹⁷ Seguem-se THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 36, e LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 111, nota 23, e *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 81.

COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., p. 102 considera que o excerto é uma síntese do ensino de GAIUS, que não belisca o sentido original. Porém, como sabemos, disso não tira as mesmas consequências e vislumbra uma derrogação a D.50,17,73,74: *ob. cit.*, pp. 107-108.

Se a responsabilização *ex conducto* se concretizasse, o locador/vendedor poderia, por sua vez, actuar na sua veste de vendedor e instaurar a *actio venditi* contra o comprador, com fundamento no não cumprimento do *pactum*⁵¹⁸, exigindo o pagamento daquilo a que fora condenado a favor do *conductor*⁵¹⁹.

Conclui-se que os aludidos *pacta* não eram a favor de terceiro, ou, pelo menos, apenas o seriam em sentido impróprio, seguindo a terminologia hodierna⁵²⁰. Constituíam, no fundo, um instrumento que visava dissuadir o comprador de expulsões antecipadas, acabando, em última análise, por colocar sobre ele a responsabilidade pelo despejo⁵²¹. O primacial beneficiado era o vendedor, que evitava os possíveis inconvenientes de uma *actio* proposta pelo locatário⁵²².

MAYER-MALY concorda; e não duvida quer da genuinidade quer do contributo de D.19,1,13,30 para a correcta compreensão da regra “*Kauf bricht Miete*”⁵²³. Mas o uso do vocábulo “*magis*” por ULPIANUS (“*magis esse servius putabat ex vendito esse actionem*”) levou o Autor austríaco a hipotisar que, no tempo de SERVIUS, alguns juristas consideravam que o acordo que ressaltava o gozo do prédio pelo arrendatário originava, além da *actio venditi*, outra *actio*. Esta seria, na opinião de MAYER-MALY,

⁵¹⁸ Cf. ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., pp. 150-151; OTTO FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen? Ein Gutachten, dem Deutschen Juristentag erstattet. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik von Pacht und Miethe*, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin/Leipzig, 1888, pp. 12-13, nota 46; WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 43; TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 267; KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 203; DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, cit., p. 160.

⁵¹⁹ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 567; BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 14.

⁵²⁰ KADEN, *ob. cit.*, p. 551; KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 203; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit. p. 68; VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit., p. 485, e *Emptori Quidem Fundi Necessse*, cit., p. 568; HALLEBEEK, *An “Action Tailored to the Facts”*, cit., p. 184.

⁵²¹ Cf. TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., pp. 266-267; THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 44; FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 68; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 379; LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 123, e *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., pp. 81 e 84.

⁵²² Neste sentido: SANTOS JUSTO, *A Locatio Conductio Rei*, cit., p. 31; TRAEGER, *Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Miethe*, cit., p. 71, nota 11 da p. anterior; MEYNIAL, *Note Sur La “Loi Emptorem”*, cit., p. 414; CORNIL, *Explication Historique*, cit., p. 253; ALBERTARIO, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 286 (que sublinha que a validade da convenção derivava da existência do interesse do vendedor); KADEN, *ob. cit.*, p. 551; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 44; TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., pp. 266-267; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 37; THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 38 (que afirma que um acordo dessa natureza apenas favoreceria o arrendatário de forma “quase incidental”); BEHREND, *Überlegungen*, cit., p. 55 (referindo-se a uma protecção indirecta: “*mittelbaren Schutz*”); BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 14; LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., pp. 121-122; KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., pp. 186-187; HALLEBEEK, *An “Action Tailored to the Facts”*, cit., p. 184; DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, cit., p. 160.

⁵²³ *Locatio Conductio*, cit., pp. 55-56.

uma *actio conducti*, dirigida contra o comprador, num desvio pré-clássico à regra da prevalência do direito do adquirente⁵²⁴.

São preferíveis, em sentido contrário, as interpretações de LOTMAR⁵²⁵ e de WESENBERG⁵²⁶ segundo as quais o pacto acessório da compra e venda, além de reservar o direito do arrendatário, permitia actuar *ex vendito* contra o comprador que não o respeitasse, isto é, a *actio venditi* compreendia também a tutela do *pactum adiectum*⁵²⁷, o que é reforçado pela segunda parte do texto, na qual TUBERO afastava qualquer relação entre o comprador e o arrendatário⁵²⁸. Efectivamente, postular o direito de um terceiro não se afigura coerente com as fontes conhecidas e não é crível que SERVIUS ou, sequer, ULPIANUS o tenham discutido⁵²⁹.

Cremos que este panorama dissipa dúvidas sobre a natureza do *bonae fidei iudicium* referido em C.4,65,9: na falta de outra indicação, tratava-se da *actio venditi*, mediante a qual o locador exigia ao comprador que não cumpriu o *pactum* a indemnização dos danos sofridos por ter sido demandado através da *actio conducti*⁵³⁰.

Ao contrário do que, como já adiantámos, aventam BONFANTE e LÓPEZ PEDREIRA, também não está indiciada na primeira frase da constituição de Alexandre Severo uma interpolação da qual se extrairia um acordo a favor do *colonus*⁵³¹. Se “*nisi-emit*” e a frase seguinte seriam redundantes no texto original, não deixariam de o ser no *Corpus Iuris Civilis* (o que é algo que, de *per se*, não pode ser forçosamente imputado aos compiladores, que certamente também se aperceberiam da redundância). E se a suposta interpolação nada de novo acrescentasse, porque seria supérflua, também não

⁵²⁴ *Locatio Conductio*, cit., p. 56.

⁵²⁵ PH. LOTMAR *Marc Aurels Erlaß über die Freilassungsaufgabe*, in SZR, 1912, p. 347, nota 2.

⁵²⁶ *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 45.

⁵²⁷ No mesmo sentido, VERSTEGEN, *Qui Fundum Locavit*, cit, p. 502.

⁵²⁸ Assim, BEHRENDTS, *Überlegungen*, cit., p. 56.

⁵²⁹ WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 45; MAX KASER, Recensão a Mayer-Maly, *Locatio Conductio*, in SZR, 1956, p. 427; BEHRENDTS, *Überlegungen*, cit., pp. 56-57.

⁵³⁰ MEYNIAL, *Note Sur La “Loi Emptorem”*, cit., p. 415; COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 74; VÁZNY, *Il Problema*, cit., p. 73; COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., p. 108; WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 44-45; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 45; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 37.

⁵³¹ LÓPEZ PEDREIRA invoca os contributos de PACCHIONI (*I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 30 na edição que consultámos, que é a última) e de MAYER-MALY (*Locatio Conductio*, cit., p. 44) sobre a alegada intervenção justinianeia, mas há que esclarecer que, apesar de entenderem que ocorreu interpolação, ambos se afastam expressamente do resultado pretendido pela Autora, como já vimos quanto ao segundo e será constatado em breve quando se analisar o contributo do Professor transalpino.

passaria a permitir inferir um *pactum* a favor de terceiro a partir de um texto que antes não o previa⁵³².

Mas, na realidade, não há qualquer repetição. Como expõe GENIUS, a referência ao *pactum* na segunda frase é a explicação de “*nisi ea lege emit*”⁵³³: a *lex venditionis* afastava o direito de despejo pelo comprador quando as partes o convencionassem no pacto acessório, que era tutelado pelo *bonae fidei iudicium* (a *actio venditi*, como já vimos)⁵³⁴. Recorde-se, com SANTOS JUSTO “... *que os pactos se integravam no negócio jurídico (de boa fé) principal como se houvesse uma única declaração*”, o que promanava de D.2,14,7,5 (“... *ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt...*”)⁵³⁵.

Simultaneamente, também não é não confirmada a tese singular de PACCHIONI de que o “*curare debet*” de D.19,2,25,1⁵³⁶ se referia a um acordo entre o adquirente e o arrendatário⁵³⁷. Para o romanista italiano é insatisfatório considerar que esse texto se contentaria com a outorga da *actio conducti* ao arrendatário expulso, pois GAIUS teria em mente um expediente que permitisse manter *de iure* o gozo do prédio⁵³⁸. Por outro lado, nada permite inferir que “*curare debet*” legitimava um pacto a favor de terceiro, em derrogação dos princípios gerais e, além do mais, através de uma formulação tão genérica como “*curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui*

⁵³² Para ALBERTARIO, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., pp. 286-287, “*nisi ea lege emit*” seria uma “*interpolação formal*”. “*Interpolação substancial*” teria ocorrido, sim, com o aditamento da segunda frase, mediante a qual se teria pretendido alargar a qualquer pacto (“*qualunque patto*”) o consentimento do comprador para a permanência do locatário no imóvel.

Sobre a crítica da distinção entre interpolações formais e substanciais (em voga nos anos trinta do século XX, precisamente a época em que foi escrito o citado estudo de ALBERTARIO), cf., por todos, VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., p. 25, especialmente a nota 44.

⁵³³ *Der Bestandschutz*, cit., p. 36.

⁵³⁴ VÁZNY, *Il Problema*, cit., p. 74, vislumbra em “*Verum...*” uma interpolação, mas com carácter meramente explicativo.

⁵³⁵ SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 144.

⁵³⁶ Bem como, por identidade de razão, o “*aliquo pacto*” de C. 4,65,9: PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 30.

⁵³⁷ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., p. 95, atribui a mesma opinião a EMILIO COSTA, o que nos parece ser uma imputação errónea. COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 73-74, nega que D. 19,2,25,1 e C. 4,65,9 sufraguem a opinião de que o pacto conferia ao arrendatário uma *actio* contra o adquirente e, seguidamente, afirma (pp. 73-74): “*neppur l'altra la quale presuppone che, nei casi a cui tali luoghi si referiscono, il conduttore possa agire così contro l'acquirente, per ciò ch'egli pure sia intervenuto nella conclusione del patto in seguito ad un accorgimento del venditore, al quale accenerebbe in fr. 25 § 1 cit. colla frase curare debet (...) e per ciò ch'esse conductore sia così intervenuto a contrarre col detto acquirente una nuova locazione*”. Em nota (1, p. 74), dá-se conta que essa é a visão de PACCHIONI: “*In tal senso PACCHIONI...*”. O adversativo *neppur(e)* manifesta o repúdio do Autor pela construção. Já vimos, aliás, que COSTA defende de modo muito claro que o arrendatário apenas podia responsabilizar o locador (cf. as referências que fomos fazendo àquilo que expõe na p. 74 da citada obra).

⁵³⁸ PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 28.

et inquilino habitare liceat”. Se o objectivo tivesse sido esse, seria simplesmente dito que, com a celebração do pacto, o direito do *conductor* era oponível ao comprador⁵³⁹.

Restaria a hipótese de um acordo entre o comprador e o *conductor*, obrigando-se o primeiro a respeitar a detenção do segundo, solução que PACCHIONI acha verosímil, dadas as suas semelhanças com C.8,38,6⁵⁴⁰ (“*Si avia vestra sibi et eustolio, quam mutuam dederat pecuniam, dari fuit stipulata, nihil ei, cuius subiecta iuri non fuerit, quaerere potuit. Sane si ipse quod ei solvi placuerat in stipulatione suo nomine deduxit, obligationem in eius etiam personam constituisse non ambigitu*”)⁵⁴¹, dispositivo que espelhava o paralelismo entre a regra “[p]er liberas personas quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest” (P.S.5,2,2) e a estrutura patrimonial da sociedade patriarcal romana⁵⁴².

A teoria abre o flanco a críticas, *maxime* as plasmadas na refutação a que procedeu COLLINET. Em primeiro lugar, não parece fazer sentido que “*eadem pactione*” (“o mesmo pacto”) se refira a um novo acordo, como teria forçosamente de ser o que fosse celebrado entre o comprador e o arrendatário⁵⁴³. Por seu turno, não se vê de que forma o locador/vendedor conseguiria levar o comprador a celebrar o *pactum* com o *conductor*, já que se tratava de algo totalmente desligado da compra e venda⁵⁴⁴.

Acrescente-se que a hipótese do pacto entre o *emptor* e o *conductor* tem um obstáculo que nos parece insuperável à luz das fontes. Não constituindo um *pactum adiectum*, já que não continha cláusulas acessórias de qualquer contrato, não estava preenchida a previsão de D.2,14,7,5. E, como não se tratava de um dos *pacta pratoria* ou dos *pacta legitima*, que também originavam *actiones*⁵⁴⁵, caía na regra geral de que os

⁵³⁹ PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., pp. 28-29.

⁵⁴⁰ PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 29.

⁵⁴¹ “*Se a vossa avó estipulou que se dê a ela e a Eustolio a pecunia que dera a título de mútuo, não pode adquirir nada para aquele a cuja autoridade não está sujeita. Na verdade, se ele incluiu na estipulação, pelo seu próprio nome, aquilo que se convencionara ser pago, não há dúvida que a obrigação se mantém quanto a si*”.

⁵⁴² Neste sentido, JULIÁN LÓPEZ RICHART, *Los Contratos a Favor de Tercero*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 30 e ss..

⁵⁴³ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., p. 98. Também VÁZNY, *Il Problema*, cit., p. 73, conclui que a *constitutio* apenas se poderia referir à *lex venditionis*.

⁵⁴⁴ COLLINET, *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, cit., pp. 98-99. CORNIL, *Explication Historique*, cit., p. 253, considera a hipótese “*invraisemblable*” e TORRENT, *Excepciones Pactadas*, cit., p. 267 qualifica-a como “*desacertada*”.

⁵⁴⁵ Os chamados *pacta praetoriae* – certos acordos protegidos pelo pretor, ao abrigo da cláusula de tutela genérica dos pactos contida em D.2,14,7,7 (*pacta conventa ... servabo: “pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo*”) – tinham um âmbito de eficácia mais amplo, podendo gerar *actiones*: vide BURDESE, *Patto (diritto romano)*, cit., p. 711, e MELILLO, *Patti (storia)*, cit., p. 493. Aqui se incluíam o *constitutum debiti* (acordo não formal que fixava um dia para o cumprimento de uma obrigação de prestação de coisa fungível previamente assumida ou de constituição de uma garantia dessa

nuda pacta apenas tinham protecção por via de excepção: neste sentido, P.S.11, 14, 1 (“*ex nudo enim pactum inter cives Romanos actio non nascitur*”), D.2,14,7,4 (“*sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”) e, no campo locatício, C.4,65,27 (“...*Nam si conventio placiti fine stetit, ex nudo pacto perspicias actionem iure nostro nasci non potuisse*”)⁵⁴⁶.

Ou seja – e levando às últimas consequências a tese de PACCHIONI –, se o comprador expulsasse o arrendatário, este não o podia demandar, pois nem o *ius civile* nem o *ius honorarium* lhe outorgavam uma *actio*, ficando-se longe do resultado pretendido de “*tagliar corto com tutte le difficoltà sorgenti sia dal principio della nullità del contratto a favore di terzi, che da quello che la compera rompe la locazione*”⁵⁴⁷. Tem de se concluir que a responsabilidade *ex conducto* do senhorio/vendedor era, de facto, aquilo que o nosso GAIUS pretendia.

As mesmas críticas podem ser dirigidas a OTTO FISCHER, para quem a segunda frase de C.4,65,9 se referia a um pacto informal entre o adquirente e o arrendatário⁵⁴⁸. Como bem nota GENIUS, esse segmento não pode ser lido isoladamente, pois está ligado à primeira frase, onde se consagra a prevalência do

obrigação), os *recepta* (convenções não formais de assunção de responsabilidade, compreendendo aquelas nas quais alguém se comprometia a decidir uma controvérsia na qualidade de árbitro, os acordos em que um banqueiro garantia uma dívida de um cliente e as convenções através das quais armadores, donos de hospedarias e donos de estrebarias se responsabilizavam pela restituição das coisas dos seus clientes – respectivamente, *receptum arbitrii, receptum argentarii e receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*) e o *pacto de juramento* (acordo em que uma das partes de uma controvérsia se compromete a não instaurar a correspondente *actio* se a outra jurasse que não estava obrigada ou que realizaria a prestação se a primeira jurasse que tinha direito a ela) – cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 145-148, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 511 e ss., e CONDANARI-MICHLER, *Pactum*, cit., cols. 2148-2149. A violação destes pactos permitia, pois, que o pretor outorgasse *actiones in factum conceptae*.

Nas épocas pós-clássica e justinianeia, certos pactos (os chamados *pacta legitima*) tiveram a sua eficácia obrigacional reconhecida por constituições imperiais, sendo tutelados pela *condictio ex lege*. Constituíam *pacta legitima* (e, substancialmente, identificavam-se com os contratos) o *compromissum*, o *pactum dotis*, o *pactum donationis* e o *pactum arae* – BURDESE, *Patto (diritto romano)*, cit., p. 711; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 526 e ss.; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., pp. 148-151.

⁵⁴⁶ CONDANARI-MICHLER, *Pactum*, cit., cols. 2136-2137, BURDESE, *Patto (diritto romano)*, cit., p. 710, MELILLO, *Patti (storia)*, cit., p. 491, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 215, GERO DOLEZALEK, *Pacta sunt servanda*, in HRG, vol. 3, Erich Schmidt Verlag, Berlim, 1984, col. 1402, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II*, cit., p. 142, VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., pp. 651-652, nota 1819, e p. 779, nota 2182 da p. 778, e MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, cit., p. 245.

⁵⁴⁷ PACCHIONI, *I Contratti a Favore di Terzi*, cit., p. 30.

⁵⁴⁸ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethere brechen?*, cit., p. 11: “... *weitere Verhältniß zwischen dem neuen Erwerber un dem Miether, wenn, wie es die c. 9 cit. in ihrem zweiten Theile voraussetzt, der neue Erwerber mit dem Miether, wenn auch nur durch formloses pactum, die Abrede getroffen hat, ut in eadem conductionem maneat*”.

direito do comprador, ressalvada cláusula em contrário⁵⁴⁹. E, como se trataria de um pacto informal (isto é, um *nudum pactum*), não era tutelado por quaisquer *actiones*, ao contrário do que supõe FISCHER⁵⁵⁰. Poder-se-á contrapor que as *actiones* aí aludidas eram as que resultavam do contrato de locação, mas nessa hipótese seria necessário um novo contrato de arrendamento, celebrado entre o adquirente e o arrendatário, uma vez que FISCHER nega categoricamente qualquer acordo a favor de terceiro. Ora, tal novel contrato de locação não estava minimamente pressuposto nas fontes e, se fosse um dos contratos nominados reconhecidos pelo *ius civile*, certamente que não seria denominado “*pacto*”.

Suscitam-se dúvidas, igualmente, sobre a cláusula “*nisi fuerint specialiter exceptae*” de D.7,1,59,1⁵⁵¹. Segundo MAYER-MALY, aí se consagrava a possibilidade de excluir o direito de expulsão do *colonus* por banda do usufrutuário a quem o *fundus* fora deixado em legado. Se tal fosse estabelecido, “(non) *potest usufructuarius conductorem repellere*”, algo que constituiria um verdadeiro e próprio benefício a favor de um terceiro (“*echten Drittbegünstigung*”)⁵⁵².

Esta opinião está longe de ser pacífica – e pensamos que com bons fundamentos. Como expõem EISELE⁵⁵³, COSTA⁵⁵⁴, KASER⁵⁵⁵, GENIUS⁵⁵⁶ ou THOMAS⁵⁵⁷, o legatário que recebeu o *fundus* em usufruto podia despejar o arrendatário, a não ser que lhe tivesse sido atribuído o direito às rendas, nos termos da primeira parte do preceito⁵⁵⁸. Isto é, *exceptae* refere-se às *pensiones* da primeira frase. O que significava que só a cláusula de atribuição das rendas afastava o exercício do direito de livre expulsão pelo usufrutuário, em cumprimento da vontade do autor da sucessão de manter a *locatio*⁵⁵⁹. Fora dessa hipótese, e à semelhança do comprador, “*potest usufructuarius*

⁵⁴⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 36.

⁵⁵⁰ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., p. 11: “*Es sind dann direct zwischen Miether und Erwerber die Actionem auf Fortsetzung des Verhältnisses gegeben*”.

⁵⁵¹ “*Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet, pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere*”.

⁵⁵² MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 48.

⁵⁵³ *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in SZR, 1892, p. 121 (com a oposição de MAYER-MALY, *últ. loc. cit.*).

⁵⁵⁴ *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 76-77.

⁵⁵⁵ Recensão a Mayer-Maly, *Locatio Conductio*, cit., p. 427, nota 12, e *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 450, nota 29.

⁵⁵⁶ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 37.

⁵⁵⁷ *The Sitting Tenant*, cit., pp. 41-42.

⁵⁵⁸ Parece-nos que está é também a interpretação de VERSTEGEN, *Emptori Quidem Fundi Necessae*, cit., pp. 571-572.

⁵⁵⁹ COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 76.

*conductorem repellere*⁵⁶⁰, sem prejuízo da responsabilidade *ex conducto* dos herdeiros⁵⁶¹.

Com razão observa THOMAS⁵⁶² que a posição de MAYER-MALY faria mais sentido perante a recensão quinhentista do Digesto devida a GREGOR HOLOANDER, onde surge *exceptum* em vez de *exceptae*⁵⁶³. Mas o Autor cita expressamente o vocábulo *exceptae*, constante, por exemplo, da edição crítica de MOMMSEN. Assim sendo, não vemos como explicar a passagem senão com a argumentação da doutrina maioritária.

Independentemente da posição que se adopte, uma premissa não pode ser perdida de vista quando se analisam os textos romanos. Mesmo que fossem celebrados os *pacta* em que o adquirente se comprometia a respeitar a *locatio* e ainda que se admita, por mera hipótese de raciocínio, que se tratava de verdadeiros e próprios acordos a favor de terceiro, o arrendatário nunca poderia exigir o gozo da *res*. A regra da *condemnatio pecuniaria* impedia-o, em qualquer caso, de obter judicialmente a prestação *in natura*⁵⁶⁴.

4.3 – Problemas levantados pelas transmissões dependentes da *traditio da res*

Não se suscitavam problemas de maior quando a transmissão dependia de negócios que não implicavam actos materiais relativos à coisa locada⁵⁶⁵: pense-se na transferência da propriedade por força de uma *mancipatio* ou de uma *in iure cessio*⁵⁶⁶,

⁵⁶⁰ Como também conclui LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 119.

⁵⁶¹ THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 42.

⁵⁶² *The Sitting Tenant*, cit., p. 41.

⁵⁶³ *Digestorum seu Pandectarum*, I, Noremburgae, 1529, p. 282. Semelhante versão é recusada por COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 77.

⁵⁶⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 37, e KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., p. 185 (referindo, na nota 6, C.4,65,15).

⁵⁶⁵ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 27 e 30.

⁵⁶⁶ Cf. WILLIAM M. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by Traditio*, Aberdeen University Studies, Aberdeen, 1970, p. 4, e *supra* I.2.1.

Desenvolvamos um pouco o que foi sucintamente exposto nesse ponto, respigando VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu*, cit., pp. 98-99, nota 66: “A *mancipatio* era, na época clássica, um negócio (...) realizado (por um preço simbólico – *sestertio nummo uno*) do seguinte modo: na presença de pelo menos cinco testemunhas, que tinham de ser cidadãos romanos púberes, e de outro de idêntica condição, que devia segurar uma balança (e a quem se chamava *pesador*), o adquirente, tendo o objecto ou algo que o simbolizasse na sua mão, afirmava ser seu proprietário segundo o direito dos *quirites* e que o adquiria através da balança e do pedaço de bronze (*raudusculum*) com que, se seguida, tocava a balança, e que era considerado como se fosse o preço. Cfr. GAIUS I,119 (...) A *in iure cessio* (igualmente *abstracta*) consistia no seguinte: perante um magistrado do povo romano, tal como o pretor ou o governador da província, aquele a quem a coisa era cedida, tendo-a na sua mão (ou a algo que a simbolizasse) afirmava que ela lhe pertencia

na transmissão *mortis causa* da propriedade através de legados *per vindicationem* ou *per praeceptionem*⁵⁶⁷, ou, como se admitiu no direito pós-clássico, na produção de efeitos reais pela *emptio venditio*⁵⁶⁸.

Mas poderiam surgir dificuldades adicionais se, para a efectivação da sucessão a título singular do direito do locador, fosse necessária a *traditio* da *res*, isto é, a sua entrega⁵⁶⁹. As fontes referem-se, mais uma vez, à compra e venda e será a essa hipótese que daremos atenção.

A *traditio* era o objecto da obrigação, a cargo do vendedor, de proporcionar ao *emptor* a posse pacífica da coisa vendida, como resulta de D.19,1,11,8 (a *actio empti* era concedida para assegurar ao comprador a posse pacífica mas também a respectiva entrega: “... *et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio...*”), D.19,1,30,1 (o vendedor estava obrigado a permitir a posse pacífica da *res*: “...*quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem*

*segundo o direito dos quirites; em seguida, o magistrado perguntava ao demandado (que ia ceder a coisa) se contestava a afirmação do demandante; se ele não contestasse ou permanecesse em silêncio, a coisa era adjudicada ao reivindicante. Cfr. GAIUS II,24...”. Vide, ainda, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 94 e ss..*

Decorre do exposto que ambos os negócios podiam ser celebrados com recurso a actos simbólicos, que dispensavam qualquer disponibilidade material da coisa.

⁵⁶⁷ Cf. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by Traditio*, cit., pp. 4-5 (quanto ao *legatum per vindicationem*). Os referidos legados eram aqueles que “*criavam um direito real ao legatário sobre a res legada (...) o legatário adquire a sua propriedade e pode recorrer à reivindicatio*”: SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – V*, cit., pp. 240-241.

⁵⁶⁸ Esta alteração está plasmada, legislativamente, em várias constituições imperiais que pressupunham a compra e venda como acto translativo do direito de propriedade: C.5,16,24 pr. = C.Th.9,42,1 pr. (de 321), C.Th.11,3,2 (de 327), C.8,36,2 = C.Th.4,5,1 (de 331), C.5,27,1,1 = C.Th.4,6,3 (de 336), C.7,38,2 (de 387) e C.11,71,5,4 (possivelmente de 426).

A mudança teve reflexos doutrinários. Enquanto GAIUS 2,86-87 se referia à *mancipatio* e à *traditio* como modos de aquisição da propriedade (“*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipioe habemus; item per eos seruos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus...*”; “*Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod serui nostri mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur siue quid stipulentur uel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur...*”), a *Epitome Gai* 2,1,7 atribuía eficácia translativa de direitos reais à compra e venda e à doação (“*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed et per eos, qui in potestate nostra sunt, sicut filii uel serui; quia quidquid his a qualibet persona donatum uel uenditum fuerit (...) id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquiruntur...*”). Por seu turno, em P.S.1,13a,4 dizia-se que se não fosse entregue ou mancipado o que foi vendido, o vendedor podia ser compelido a proceder à *traditio* ou à *mancipatio* (“*Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet*”), mas, na respectiva *Interpretatio* (in *Lex Romana Visigothorum*, cit., p. 348), afirmava-se a transferência da propriedade por efeito do contrato de compra e venda: “*Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit...*”.

Seguimos, por todos e com amplos desenvolvimentos, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Cívicos Espanhol e Português*, in “*Jornadas Romanísticas*”, STVDIA IURIDICA, n° 70, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 81-95.

⁵⁶⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 27 e 30.

emptori habere liceat...”) e D.19,4,1 pr. (o vendedor tinha a obrigação de entregar a posse da coisa: “... *venditori sufficit (...) possessionem tradere...*”)⁵⁷⁰.

Ora, sendo detentor da *res*, o arrendatário poderia levantar obstáculos à respectiva *traditio*, o que impedia a posse pacífica pelo comprador e, ademais, no direito clássico, a aquisição da propriedade por *usucapio* de *res Mancipi* e a aquisição *tout court* do *dominium* de *res nec Mancipi*⁵⁷¹. No direito justiniano, que exigia a *traditio*⁵⁷² *ex iusta causa* para a transferência da propriedade de quaisquer *res*⁵⁷³, as consequências avolumavam-se e aquela transmissão ficava totalmente vedada.

Tratava-se de situações que certamente não eram raras e dois textos lidaram com elas: D.43,16,12 e D.43,16,18 pr., atribuídos, respectivamente, a MARCELLUS e a PAPINIANUS.

D.43,16,12: “*Colonus eum, cui locator fundum venderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio deiectus est: quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecit tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset*” (“O arrendatário não admitiu aquele a quem o locador tinha vendido o fundus e autorizado a tomar posse. Posteriormente, o arrendatário foi expulso pelo outro. Questionou-se quem teria à sua disposição o *interdictum unde vi*. Afirmei que não interessa que o arrendatário tenha impedido de entrar o proprietário que o queria fazer ou não tenha admitido o comprador a quem o proprietário autorizou a tomada de posse. Por isso, o *interdictum* será concedido ao arrendatário, contra quem também será outorgado um *interdictum*

⁵⁷⁰ Cf. VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., pp. 78-80.

⁵⁷¹ Cf. *supra* I.2.1.

⁵⁷² Por um lado, abolira-se formalmente a *mancipatio* e a *in iure cessio*, mas, ao mesmo tempo, abandonou-se o consensualismo pós-clássico, como testemunham, por exemplo, C.2,3,20 (itp., pelo menos por força do afastamento da referência à *mancipatio*: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”) e I.2,1,40 (“*Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur. itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur...*”). Cf. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by Traditio*, cit., pp. 1-4, e VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., pp. 106-107.

⁵⁷³ Cf. *supra* I.2.1.

semelhante ao locador, que se considera que foi expulso quando não transmitiu a posse ao comprador, a não ser que tal tenha sido feito por uma causa justa e provável”)⁵⁷⁴.

D.43,16,18 pr.: “Cum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. Dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum suscepit” (“Alguém vendeu um fundus que tinha dado em locação, ordenando ao comprador que tomasse a vacua possessio, mas o arrendatário proibiu-o de entrar. Posteriormente, o comprador expulsou o arrendatário pela força, levantando-se o problema da outorga do interdictum unde vi. O vendedor tem o interdito contra o arrendatário, não interessando se proibiu a entrada ao vendedor ou a quem ele enviou ex voluntate. Nem a posse foi perdida, porque não é transmitida enquanto não for entregue ao comprador e ninguém a pretendeu deixar a um comprador que não a recebeu. O arrendatário tem o interdito contra o comprador que usou a força: na verdade, o fundus não era possuído pela força perante o comprador, mas perante o vendedor, a quem a posse foi esbulhada. Perguntou-se se o comprador deve ser tutelado quando expulsou posteriormente o arrendatário por vontade do vendedor. Respondi que aquele que executou um mandato ilícito não deve ser tutelado”).

Os dois trechos partiam de uma hipótese comum de *traditio*, a chamada *missio in vacuam possessionem*, pela qual o transmitente autorizava o transmissário a tomar

⁵⁷⁴ Discute-se se *ab alio* se refere ao comprador (opinião, v.g., de MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 53, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 31, nota 90, ou RAFAËL VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, in “Viva Vox Iuris Romani – Essays in Honour of Johannes Emil Spruit”, J. C. Gieben, Publisher, Amesterdão, 2002, p. 276, nota 32) ou a outro terceiro, que constituiria um quarto interveniente (como indicam KARL COLBERG, *Ueber der Rechtsparömie “Kauf bricht Miethe”*, in “Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von Schering”, Band I, 1861, p. 12, MEYNIAL, *Note Sur La “Loi Emptorem”*, cit., p. 428, ou SKLENÁŘ, *Papinian on the Interdict Unde Vi*, cit., pp. 381-382). Alinhamos com a primeira corrente, pois o contexto do fragmento assim indicia: o terceiro que surge na continuação do texto é o comprador.

posse da *res* por si próprio⁵⁷⁵. *In casu*, o *locator* vendia o *fundus* entregue em locação e era acordado que o comprador entraria na respectiva posse⁵⁷⁶.

Mas, para ocorrer a *traditio*, não bastava o mero consenso das partes (recordemos C.2,3,20), exigindo-se a prática dos actos exteriores que a concretizassem, nomeadamente colocar um pé no *fundus* (D.41,2,18,2)⁵⁷⁷ ou nele entrar (D.41,2,3,1⁵⁷⁸)⁵⁷⁹, o que, segundo os fragmentos em análise, era impedido pelo *colonus* (“*Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit*”; “*iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit*”).

Por conseguinte, não era cumprida a obrigação de *tradere* a coisa vendida⁵⁸⁰ e gorava-se a transferência da posse⁵⁸¹. O comprador não chegava, sequer, a tornar-se possuidor, verificando-se, pelo contrário, uma *interversio possessionis*: ao não permitir a aquisição da posse pelo *emptor* (autorizada pelo vendedor), o arrendatário esbulhava o *locator* (“*non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata*”, nas palavras de PAPINIANUS) e tornava-se possuidor em nome próprio⁵⁸².

⁵⁷⁵ GORDON, *Studies in the Transfer of Property by Traditio*, cit., pp. 51-52; VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 256; CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 186.

⁵⁷⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 31.

⁵⁷⁷ “... *aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulisset*”.

⁵⁷⁸ “... *Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*”. Repare-se que a entrada era suficiente, não sendo preciso *omne glebas circumambulare*, isto é, percorrer todos os limites do prédio – GORDON, *Studies in the Transfer of Property by Traditio*, cit., p. 50; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 158.

⁵⁷⁹ GEORGES CORNIL, *Traité de la Possession dans le Droit Romain*, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1905, pp. 135 e 272-273; VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L’Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 275.

⁵⁸⁰ Cf., de novo por todos, VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., p. 80, nota 23: “... o venditor tem de assegurar que nenhum terceiro (...) com a sua detenção, consegue impedir a tomada de posse do fundus pelo comprador (D.43,16,12 e D.43,16,18 pr.)...”. É por isto que VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L’Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 280, afirma que, sem uma concertação suficiente com o arrendatário, a transferência da posse poderia dar lugar a tensões, mal-entendidos e conflitos – o locador/vendedor deveria envidar todos os esforços para evitá-los.

⁵⁸¹ CORNIL, *Traité*, cit., pp. 272-273, referindo expressamente o exemplo de D.43,16,18 pr..

⁵⁸² Por exemplo, TRAEGER, *Ueber die Rechtsparoenie: Kauf bricht Miethes*, cit., p. 64, nota 8 da p. 63, ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., p. 127, MUZIO PAMPALONI, *Osservazione Eseguita alle 11. 3. §9; 12; 18 pr. D. de vi 43.16*, in “*Studi Senesi*”, 1888, p. 157, MEYNIAL, *Note Sur La Loi “Emptorem”*, cit., p. 426, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 47, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 31, THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 37, SKLENÁŘ, *Papinian on the Interdict Unde Vi*, cit., p. 384, LAMBRINI, *L’Elemento Soggettivo*, cit., p. 68, CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 186-187.

Partindo deste pressuposto, afigura-se inteiramente lógico o encadeamento de concessões do *interdictum unde vi* exposto por MARCELLUS e PAPINIANUS.

Se o comprador regressasse ao *fundus* e expulsasse o arrendatário, este poderia requerer a defesa possessória – a inversão do título de posse conferia-lhe a qualidade de *possessor* (*iniustus*, mas *possessor*), o que lhe permitia defender a *possessio* contra quaisquer terceiros (incluindo o comprador), como constava expressamente de D.43,16,1,30 (“*Qui a me vi possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum*”⁵⁸³)⁵⁸⁴.

Não obstante, o *interdictum* também seria outorgado ao locador/vendedor contra o *colonus*, como forma de reagir contra o esbulho de que foi vítima (“*cui possessio esset ablata*”)⁵⁸⁵. Atente-se que era possível a perda da posse por quem efectuava a *traditio*, sem que o transmissário a adquirisse – segundo D.41,2,18,1, a entrega da coisa a um demente não lhe transmitia a *possessio* (já que o *furioso* não a pode adquirir), mas o transmitente perdia-a, pois fora sua vontade deixar de possuir⁵⁸⁶. Todavia, como se afirma em D.43,16,18 pr., quando o comprador era impedido pelo *colonus* de tomar a posse, o vendedor/locador não a perdia (“*neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset*”). Considerava-se, por isso, que o arrendatário o esbulhava de uma posse que não deixara de ser sua e que, na verdade, o continuaria a ser enquanto lhe fosse reconhecido o direito de reagir através do *interdictum unde vi*, nos termos de D.41,2,17 pr. (“*Si quis vi de possessione deiectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, cum interdicto de vi recipendae possessionis facultatem habeat*”): se alguém foi privado da posse pela força, deve

⁵⁸³ “*Tem o interdictum quem de mim possui pela força e foi expulso por outro*”.

⁵⁸⁴ MEYNIAL, *Note Sur La Loi “Emptorem”*, cit., p. 428; SKLENÁŘ, *Papinian on the Interdict Unde Vi*, cit., pp. 384-385; MARRONE, *Per una Funzione “Strumentale” del Diritto Romano in Materia di Possesso*, cit., § 4, nota 14 (“*Se nella fattispecie di D.43.16.12 e 18 pr., più in alto richiamati, è al colono che si dà l’unde vi contro il terzo, è perché il colono era in precedenza diventato egli stesso possessore (sia pure vi rispetto al locatore)*”); VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L’Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 275.

Como expõe CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 231-232, o carácter injusto ou vicioso da posse era relativo, dependendo de quem fosse o adversário no procedimento interdital. O arrendatário que impediu pela força o comprador de alcançar a *traditio* era possuidor *iniustus* perante o locador (a quem esbulhou a posse), mas não face a terceiros. Assim, no direito clássico, o possuidor previamente esbulhado (no nosso caso, o locador) que recuperara a posse por *vis cotidiana* podia invocar triunfantemente, em sede de *interdictum unde vi*, a *exceptio vitiosae possessionis*. Já frente a terceiros não ocorria essa limitação e o segundo esbulhador seria condenado à restituição.

⁵⁸⁵ Cf., a título ilustrativo, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 30, THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 37, LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 139, CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 187, ou VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L’Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 282.

⁵⁸⁶ Cf. CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 189.

considerar-se que possui, porque tem a faculdade de recuperar a posse através do *interdictum de vi*)⁵⁸⁷.

Não é necessário, assim, recorrer às hipóteses de interpolação ou de especial tutela *erga omnes* dos interesses do arrendatário para justificar a atribuição da tutela interdital ao *colonus*⁵⁸⁸. Como bem afirmam SKLENÁŘ⁵⁸⁹ e VERSTEGEN⁵⁹⁰, tratava-se de soluções que, já na época clássica, reflectiam cabalmente a disciplina possessória geral⁵⁹¹.

PAMPALONI partilha apenas parcialmente esta opinião: no direito clássico, era concedido ao arrendatário o *interdictum de vi armata*, pois só ao exercício deste não se podia opor a *exceptio vitiosae possessionis*. A outorga do *interdictum unde vi* seria pós-clássica, dada a extinção daquela *exceptio*⁵⁹².

A hipótese é muito sedutora mas cremos, ainda assim, que não deixa de se deparar com escolhos relacionados com o facto de ser um terceiro não possuidor (o comprador) quem esbulhava a posse (injusta) do arrendatário. Segundo GAIUS 4,154, “*qui a me ui aut clamaut precario possidet, inpune deicio*” – portanto, só quem tivesse sido esbulhado com violência podia impunemente expulsar o *iniustus possessor*, não correndo o risco de ser demandado pelo *interdictum unde vi*. O comprador não estava, manifestamente, nessa situação.

A construção proposta por PAMPALONI não deixa de conter uma tentativa de resposta a esta objecção: é óbvio que, ao regressar ao *fundus* e ao expulsar o *colonus*, o comprador estava a agir *ex voluntate venditoris*, pois o vendedor, ao autorizá-lo a tomar posse, consentia-lhe implicitamente que lançasse mão de todos os meios juridicamente admissíveis⁵⁹³. Assim, tudo se passava como se fosse o próprio locador a proceder à

⁵⁸⁷ Vide, por exemplo, CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 233.

⁵⁸⁸ Ao contrário do que defluiu das exposições de MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., pp. 53-54 (que, a pp. 55, afirma tratar-se menos de uma questão de qualificação como possuidor do que da concessão dos meios possessórios), GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 30-31, LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 139, WIELING, *Die Verdinglichung der Miete*, cit., pp. 681-682, ou HARKE, *Römisches Recht*, p. 216 (que equipara D.43,16,12 à concessão da defesa possessória ao precarista).

⁵⁸⁹ *Papinian on the Interdict Unde Vi*, cit., pp. 388-389.

⁵⁹⁰ *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 276.

⁵⁹¹ No mesmo sentido, THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 37 (“*I would regard both passages as, in substance, genuine...*”), e, muito claramente, CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 185 e ss., que oferece o texto de PAPINIANUS como exemplo genérico das consequências dos actos de aquisição da posse.

⁵⁹² PAMPALONI, *Osservazione Esetiche*, cit., *passim*, especialmente pp. 159-160. A tese de PAMPALONI é inteiramente endossada por COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 71-72. LÓPEZ PEDREIRA, *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum*, cit., p. 83, refere-se a “*indicios ciertos de interpolación*”, citando (nota 21 daquela página) os dois Autores.

⁵⁹³ PAMPALONI, *Osservazione Esetiche*, cit., p. 159.

expulsão⁵⁹⁴ e o arrendatário só poderia defender a *iniusta possessio* perante uma *vis armata*⁵⁹⁵.

Esta teoria não se adequa à figura do *mandatum illicitum* referida por PAPINIANUS: na parte final de D.43,16,18 pr. (“*Quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. Dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum susceperit*”) questionava-se se o comprador devia ser tutelado quando expulsava o arrendatário por vontade do vendedor e respondia-se negativamente, visto que tal constituía um mandato ilícito.

Em nossa opinião, considerar ilícita a incumbência de despejo só faz sentido (ou, pelo menos, faz especialmente sentido) se o meio processual à disposição do arrendatário fosse o *interdictum unde vi*. Se o comprador expulsava o *colonus* com recurso à *vis armata*, nem sequer seria necessário excogitar se se tratava de uma actuação ilícita, já que, de acordo com as regras gerais, o possuidor injusto era sempre tutelado pelo *interdictum de vi armata*, mesmo contra aquele a quem usurpara a posse. Se o próprio locador não poderia recorrer à violência armada, muito menos poderia autorizar que outrem o fizesse⁵⁹⁶.

O problema colocava-se, desta feita, quando quem foi esbulhado pelo *iniustus possessor* pudesse opor-lhe a *exceptio vitiosae possessionis* e expulsar impunemente o esbulhador, o que era o campo de aplicação do *interdictum de vi cottidiana*⁵⁹⁷. Só aí se poderia suscitar a questão – tal como fazia PAPINIANUS – de saber se essa faculdade do locador/vendedor seria transmissível ao comprador que agisse segundo as suas instruções.

A resposta dada pelo jurisconsulto tardo-clássico revela que se sentiu a necessidade de esclarecer que, ainda que o vendedor pudesse paralisar o efeito do *interdictum unde vi* (com a invocação da *possessio iniusta* do arrendatário), o mesmo não estava ao alcance do *emptor*, inclusive se tivesse actuado por incumbência (*mandatum*) do primeiro. O despejo executado pelo comprador não era juridicamente tutelado porque se baseara num *mandatum illicitum*.

⁵⁹⁴ PAMPALONI, *Osservazione Esetiche*, cit., pp. 157-158.

⁵⁹⁵ PAMPALONI, *Osservazione Esetiche*, cit., p. 159.

⁵⁹⁶ Claro que também aí um *mandatum* era ilícito, mas já o seria por força do não reconhecimento da *exceptio vitiosae possessionis* ante a *vis armata* do locador.

⁵⁹⁷ Esta posição é confortada pela *Palingenesia Iuris Civilis* de OTTO LENEL (*Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889), onde os pertinentes textos são apresentados em *Marcelli Digestorum Liber XIX, De interdictis: unde vi* (nº 206, col. 621) e em *Papiniani Quaestionum Lib. XXVI, Unde vi* (nº 318, cols. 864-865).

Poder-se-á perguntar: por que motivo o locatário/vendedor podia expulsar impunemente⁵⁹⁸ o arrendatário que lhe esbulhou a posse, mas não o poderia fazer através do comprador, a favor de quem até já autorizara os procedimentos necessários à *missio in vacuam possessionem*?

A explicação para esta aparente discrepância residia em o arrendatário se ter tornado, entretanto, possuidor. Ao consentir a *missio in vacuam possessionem*, o vendedor estava a cumprir a sua obrigação de proceder à *traditio* do *fundus*, a qual não implicava qualquer esbulho de posse – até aí, o *colonus* era um mero detentor. Mas, ao impedir a *traditio* o arrendatário tornara-se possuidor, ao invés do *emptor*. Logo, ao mandar o comprador para regressar ao *fundus* e proceder ao despejo, o locador/vendedor não pretendia recuperar a posse. O seu objectivo era, sim, que outrem a adquirisse violentamente⁵⁹⁹. Segundo MEYNIAL, “*la violence apparaissant comme moins dangereuse pour l'ordre public entre deux personnes déjà liées l'une à l'autre, comme le dominus et le colonus*”⁶⁰⁰, até porque o *emptor* era um terceiro sem quaisquer direitos sobre a *res*.

A actuação do comprador que despejava pela força o *colonus* era, em termos materiais, semelhante à de qualquer terceiro que quisesse adquirir para si a *possessio*. Assim, não surpreende que o arrendatário pudesse, em ambos os casos, defender-se mediante o recurso ao *interdictum unde vi*. O facto de haver um *mandatum* do vendedor não encobria esta realidade e, por isso, ele era considerado *illicitum*. Como observa GENIUS, estava presente o que na moderna dogmática se consideraria uma proibição do abuso do direito⁶⁰¹ (MEYNIAL já chegara, aliás, a uma conclusão próxima: a faculdade do *dominus* expulsar seria “particularmente imoral” se exercida através do comprador)⁶⁰². Não era estranha à solução, evidentemente, uma preocupação com a prevenção da violência⁶⁰³.

Em suma, o comprador que regressava ao *fundus* e expulsava o *colonus* era tratado como qualquer terceiro que esbulhasse a posse do último, não beneficiando (ao

⁵⁹⁸ Embora, na época clássica, apenas com recurso à *vis cotidiana*.

⁵⁹⁹ SKLENÁŘ, *Papinian on the Interdict Unde Vi*, cit., p. 387; VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 276.

⁶⁰⁰ MEYNIAL, *Note Sur La Loi “Emptorem”*, cit., pp. 428-429.

⁶⁰¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 32.

⁶⁰² *Note Sur La Loi “Emptorem”*, cit., p. 430.

⁶⁰³ Acompanhamos neste ponto – embora apenas nele – LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 139.

contrário do locador) da *exceptio vitiosae possessionis*⁶⁰⁴ e podendo ser demandando através do *interdictum*, nos termos de D.43,16,1,30. O que era lógico porque – repete-se – não agia em defesa do vendedor, mas com o intuito de adquirir a posse para si próprio.

A única questão que até aqui não nos colocou dificuldades assinaláveis – a concessão ao senhorio dos *interdicta* possessórios contra o arrendatário que expulsava o comprador – levanta, todavia, aquela que talvez seja a maior interrogação em torno da sucessão a título singular dependente da *traditio* da *res*: D.43,16,12 exceptuava os casos em que o arrendatário agira ao abrigo de uma *iusta et probabilis causa* (“*Igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset*”). Ou seja, em determinadas circunstâncias consideradas justas e prováveis, o facto de o *colonus* impedir a *traditio* não legitimava a outorga do *interdictum* contra si.

A exegese do trecho do fragmento tem suscitado três problemas que estão interligados: a sua genuinidade; quais seriam as causas justas e prováveis; saber se se estaria em presença de um “direito de resistência” do arrendatário a expulsões antecipadas.

A existência de alteração pós-clássica é afirmada por diversos Autores, que, apesar de diferentes conclusões, partem do mesmo pressuposto: uma legitimação da recusa da *traditio* pelo arrendatário não corresponderia aos quadros do direito clássico, o que seria confirmado pelo tradicional argumento interpolacionista de um aditamento começado por “*nisi*”⁶⁰⁵.

Mas o que constituiria uma *iusta et probabilis causa*? A literatura jurídica divide-se desde o século XIX (embora tomando como ponto de partida interpretações anteriores, como se verificará no local próprio) e o pomo da discórdia é o de saber se o próprio contrato de arrendamento preenchia o conceito⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Cf. ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., pp. 127-128, que conclui, com razão, que qualquer problema interpretativo se viria a desvanecer com o fim da *exceptio vitiosae possessionis*: o *interdictum unde vi* podia ser exercido contra o próprio senhorio que tentasse recuperar a posse por meios violentos.

⁶⁰⁵ PERNICE, *Parerga*, cit., p. 97, nota 2 da p. 96, COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., p. 72, FRITZ SCHULZ, *I Principi del Diritto Romano*, a cura di VINCENZO ARANGIO-RUIZ, reimpressão anastática da edição Sansoni (Florença, 1946), Casa Editrice Le Lettere, Florença, 1995, p. 68, WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 46-47, MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 55, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 33, THOMAS, *The Sitting Tenant*, cit., p. 37 (mas dubitativamente), e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit, p. 380.

⁶⁰⁶ Continua a ser pertinente a constatação de MEYNIAL, *Note Sur La Loi “Emptorem”*, cit., p. 428, de que “*Le texte est trop bref pour ne pas rester énigmatique*”.

A resposta negativa acaba por ter como base as contradições que isso acarretaria – como vimos, decorre de vários preceitos que o respeito pelo período contratual não poderia ser imposto ao locador, já que o *conductor* era sujeito de uma relação meramente obrigacional e não dispunha de meios para se opor a despejos ilícitos. O final de D.43,16,12 traduzir-se-ia, destarte, num direito de retenção por despesas efectuadas com a conservação do prédio ou por prejuízos sofridos, ou numa salvaguarda de determinadas circunstâncias especiais como uma doença do arrendatário⁶⁰⁷.

A primeira parte do escólio 6 a BAS. 60,17,18 oferece outro exemplo: o arrendatário desconhecia o comprador, embora tal valesse apenas para esse momento (“*Ut si forte ignorat, eum esse emtorem: tunc enim ipse neque agit, nec convenitur*”, na versão em Latim⁶⁰⁸). A isso não era certamente alheio o dever de defesa das dependências locadas contra danos provocados por terceiros, consagrado em D.19,2,13,7 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*: “Com a aproximação de um exército, o arrendatário partiu e, por isso, os soldados levaram janelas e outras coisas. Se partiu e não avisou o proprietário, será responsável *ex locato*; Labeo afirma que se podia resistir, e não o fez, será responsável, o que é uma *sententia* correcta. Mas se não puder avisar, penso que não é responsável”⁶⁰⁹). Como aponta FRIER⁶¹⁰, D.43,16,18 pr. demonstra que, não raro, o cumprimento dessa obrigação passava pela autotutela, o que leva a crer que uma das causas justificativas era a convicção do *colonus* de que estava a defender a propriedade do locador.

Visão diferente é representada, entre outros, por MÜHLENBRUCH (para quem a invocação do contrato pelo arrendatário tornava aplicável a constituição presente em C.8,4,1)⁶¹¹, DERNBURG⁶¹², COLBERG⁶¹³, ZIEBARTH (que coloca a hipótese quanto

⁶⁰⁷ V.g., SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 364, nota 2; TRAEGER, *Ueber die Rechtsparodie: Kauf bricht Mieth*, cit., p. 63, nota 8; ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., pp. 129 e ss. (no que respeita ao direito clássico, como nota GENIUS, ob. cit., p. 33); VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. III, 7ª edição, N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, Marburg und Leipzig, 1869, § 643, p. 455; HEINRICH DEGENKOLB, Recensão a *Karl Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Mieth* erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preußischen, in “Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, 1867, pp. 227-228, em nota; PERNICE, *Parerga*, cit., p. 97, nota 2 da p. 96; COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 72-73; LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 138; VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 282.

⁶⁰⁸ P. 589 (tomo 5).

⁶⁰⁹ “*Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. Si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. Sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri*”.

⁶¹⁰ *Landlords and Tenants*, cit., p. 65, nota 26.

⁶¹¹ *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt*, 3ª edição, Ernst Mauritius, Greifswald, 1836, p. 279, nota 75 da p. anterior. A

ao direito justiniano)⁶¹⁴, RANDA⁶¹⁵, JHERING⁶¹⁶ e MEYNIAL⁶¹⁷, resultado para que a doutrina mais recente⁶¹⁸ encontra arrimo na segunda parte do escólio 6 a BAS. 60,17,18 (“*Vel si nondum impleta fuerint tempora locationis*”, na tradução latina⁶¹⁹): quando ainda não tivesse decorrido o prazo de duração do contrato verificava-se uma exceção à prevalência do direito do adquirente⁶²⁰.

A citada corrente da romanística contemporânea vai mais longe. A *iusta et probabilis causa* (constituída pelo próprio contrato) seria extensível às relações entre o senhorio e o arrendatário: o “direito de resistência” (“*Widerstandsrecht*”) do locatário não faria sentido se ficasse confinado aos casos de sucessão a título singular e o *locator* continuasse a gozar de um direito à livre expulsão – o que, no final de contas, lhe permitiria transmitir o prédio⁶²¹. WESENBERG⁶²² e MAYER-MALY⁶²³ apontam, no mesmo sentido, uma *Verdinglichung* do direito do arrendatário, isto é, a sua aproximação às características dos direitos reais⁶²⁴.

Pensamos, todavia, que há um manifesto exagero nas premissas em que assentam estas conclusões.

O carácter clássico da passagem não pode ser liminarmente afastado. D.43,16,18 pr. é um desenvolvimento mais completo de D.43,16,12⁶²⁵; o único elemento de

mencionada constituição, de 290, foi analisada *supra* I.2.1 e permitia a autotutela a quem possuía sem vício.

⁶¹² *Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Proceßrechts in vergleichender Darstellung*, Literarische Anstalt, Frankfurt am Main, 1849, p. 26.

⁶¹³ *Ueber der Rechtsparömie “Kauf bricht Miethe”*, cit., p. 12.

⁶¹⁴ *Die Realexecution und die Obligation*, cit., pp. 163-164.

⁶¹⁵ *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, 4ª edição, Verlag von Breitkopf u. Härtel, Leipzig, 1895, § 20, p. 559, especialmente nota 19d.

⁶¹⁶ *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., pp. 375-376.

⁶¹⁷ *Note Sur La “Loi Emptorem”*, cit., pp. 427-428, onde se endossa JHERING.

⁶¹⁸ WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 47; MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 55; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 34.

⁶¹⁹ P. 589 (tomo 5).

⁶²⁰ Nesse sentido, MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, cit., p. 55, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 34. Para WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 47, foi esta – e não a figura do contrato a favor de terceiro – a solução encontrada para proteger o arrendatário.

⁶²¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 34-35.

⁶²² *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 47.

⁶²³ *Locatio Conductio*, cit., p. 55, endossado por KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., p. 184, nota 4.

⁶²⁴ Qualificação que GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 34-35 não aceita inteiramente: se o arrendatário não impedisse (ou não pudesse impedir) a *traditio*, ou quando a transmissão dela não dependesse, a única consequência do despejo antecipado seria a indemnização por mero equivalente.

⁶²⁵ Como refere SKLENÁŘ, *Papinian on the Interdict Unde Vi*, cit., p. 383, “*Papinian’s text is essentially an exegesis of Marcellus*”.

novidade que este fragmento contém é a referência à *iusta et probabilis causa*, o que leva a crer que foi esse o motivo pelo qual os compiladores o conservaram⁶²⁶.

Quanto à concretização daquele conceito indeterminado, afigura-se importante a análise de formulações análogas presentes em outras fontes⁶²⁷.

D.41,2,20⁶²⁸ – fragmento também atribuído ao *libro 19 digestorum* de MARCELLUS – lidava com a recusa do comodatário em permitir a *traditio* da coisa entregue em comodato, o que podia ser imputável a uma causa justa e razoável e não à intenção de efectuar uma *interversio possessionis* (“*quid enim si alia quaequam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret?*”), pelo que o *dominus possessionis* nem sempre perdia a *possessio*⁶²⁹.

Outro exemplo encontra-se em D.19,2,55,2⁶³⁰, parágrafo já nosso conhecido: o arrendatário que abandonava antecipadamente o *fundus* sem uma *iusta ac probabilis causa* estava obrigado a indemnizar o locador.

Embora se tratasse de duas situações factualmente distintas (na primeira, o comodatário não permitia a *traditio* da coisa e não a restituía; na segunda, o arrendatário abandonava o imóvel), elas eram apreciadas à luz do mesmo conceito. Quer a recusa de entrega quer o abandono eram justificados se ocorresse uma causa justa e provável/razoável. O que significa que não era decisiva para a apreciação da conduta do detentor a materialidade dos factos subjacentes, mas a sua intenção, a averiguar mediante as circunstâncias concretas do caso⁶³¹.

A vigência do contrato de arrendamento não cabia, manifestamente, nesta análise casuística: como justamente afirma PERNICE a propósito do comodato, em

⁶²⁶ Cf. VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 277.

⁶²⁷ Metodologia presente em VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 279.

⁶²⁸ “*Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaequam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret?*”: se quem deu a res para ser usada a vende e manda que ela seja entregue ao comprador, mas o comodatário não o faz, algumas vezes considera-se que há *interversio possessionis*, mas outras não. Porque nem sempre o proprietário perde a posse quando a *res* dada em comodato é pedida novamente e não é restituída: e quando ocorre uma causa justa e razoável (*iusta et rationabilis causa*) de não restitução, que, certamente, não se destina a inverter a posse?

⁶²⁹ CORNIL, *Traité*, cit., p. 287.

⁶³⁰ Exactamente no mesmo sentido, P.S.2,18,5: “*Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabilis causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur*”.

⁶³¹ VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 279.

jogo estavam motivos especiais, mas, em contrapartida, o contrato era uma causa que o comodatário tinha sempre⁶³². Ou, nas palavras de VANGEROW, é impossível que MARCELLUS considerasse a relação arrendatícia em si como justa causa, pois isso implicaria que o *interdictum* seria sempre negado ao senhorio e não apenas em circunstâncias justas e prováveis (“*Unmöglich kann also Marcellus das noch bestehende Pachtverhältniß als solche just causa angesehen haben – denn unter dieser Voraussetzung hätte er für den von ihm entschiedenen Fall das Interdikt ganz ausschließen müssen...*”)⁶³³.

Deslinda-se, portanto, um pensamento coerente e sistemático atribuível a MARCELLUS (o que contribui para que se vote pela autenticidade do texto), que não é compatível com a interpretação bizantina feita na segunda parte do escólio 6 a BAS. 60,17,18 e invocada pela doutrina contemporânea⁶³⁴.

A *iusta et probabilis causa* não oferecia, ademais, as virtualidades que lhe são assacadas na efectivação da posição do *conductor* perante o locador. A sua verificação tinha um efeito, à luz de D.43,16,12: se o *colonus* impedisse a *traditio*, mas com apoio numa justa causa, o senhorio não tinha legitimidade para requerer a concessão do *interdictum unde vi*.

Ora, observou-se que a resistência oferecida pelo *colonus* ao comprador constituía uma *deiectio*, um esbulho de posse sofrido pelo locador, que acarretava duas consequências. De uma banda, o locatário adquiria a *iniusta possessio* e, por isso, era tutelado possessoriamente contra quaisquer terceiros (incluindo o *emptor*). De outra, outorgava-se ao senhorio o *interdictum*, como modo de reacção contra a usurpação da posse.

Se o impedimento da *traditio* era justificado pela *iusta et probabilis causa*, a conduta do *colonus* era lícita, não ocorria qualquer *deiectio* e já não se estava no campo do esbulho da posse⁶³⁵. Era natural, portanto, que o locador – que, neste caso, não fora espoliado da *possessio* – não pudesse exercer o *interdictum unde vi*⁶³⁶. Mas daí decorre,

⁶³² PERNICE, *Parerga*, cit., pp. 96-97, nota 2.

⁶³³ VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., § 643, p. 455.

⁶³⁴ VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., pp. 278-279. Já em 1861 TRAEGER, *Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Mieth*, cit., p. 63, nota 8, considerava errada a exegese que acompanha os Basílicos.

⁶³⁵ BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. II, 8ª edição por THEODOR KIPP, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1900, § 400, p. 678, nota 7 da p. anterior; CORNIL, *Traité*, cit., p. 287. Como é lógico, não seria admissível um esbulho de posse ... lícito.

⁶³⁶ Assim, VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 279.

também, que o *conductor* não se tornava possuidor e não beneficiava da protecção interdital⁶³⁷. Se um terceiro (incluindo o comprador) expulsasse o arrendatário, este teria de se dirigir ao locador, à disposição de quem o *interdictum* estava, nos termos de D.43,16,20⁶³⁸.

A *iusta et rationabilis causa* significava, tão-só, que a obstrução da *traditio* não configurava uma *interversio possessionis*, na linha do que se estabelecia em D.41,2,20 para o comodato⁶³⁹, constituindo pura extrapolação vislumbrar ali uma derrogação das disposições que, de modo muito claro, permitiam a livre expulsão pelo senhorio: “*Nada no texto estudado sugere que o locatário tivesse o direito de resistir ao próprio locador mediante a invocação do contrato*”; “*não vemos um direito de resistência do locatário ao senhorio*”⁶⁴⁰.

As diferenças entre a existência ou inexistência de *iusta et probabilis causa* eram consideráveis. Se ela não ocorresse, havia *interversio possessionis* e o senhorio podia legitimamente exigir a restituição do prédio através do *interdictum*. Se se apurasse a causa justificativa, o *locator* que expulsasse o arrendatário estaria numa situação de não cumprimento contratual, pelo qual teria de responder *ex conducto*⁶⁴¹.

A única função da *iusta et probabilis causa* que as fontes atestam com segurança é, desta feita, a de afastar as consequências da *interversio possessionis*. Apesar de ter impedido a *traditio* da *res*, o arrendatário não poderia ser expulso com semelhante fundamento, pois a sua actuação fora, nas concretas circunstâncias do caso, lícita (por exemplo, não conhecia o *emptor* e repelia-o com a intenção de proteger o imóvel de eventuais danos, como julgava ser seu dever). Mas isso não lhe atribuía, ante o senhorio, qualquer forma de resistência que a disciplina locatícia não previsse.

Seria muito estranho, aliás, que apenas se reconhecesse um direito de resistência contra o próprio locador quando ocorresse uma tentativa de *traditio* a favor de um comprador. Que razões permitiriam ao arrendatário opor a detenção à contraparte após uma transmissão frustrada da *res*, enquanto permanecia totalmente desprotegido e

⁶³⁷ VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 280. Discorda-se, assim, de WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 47, que afirma que o *colonus* possuiria a *res* até ao decurso do prazo contratual: “*Der Kolone bleibt auf jeden Fall, bis seine Pachtzeit abgelaufen ist, im Besitz*”.

⁶³⁸ VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 280.

⁶³⁹ PERNICE, *Parerga*, cit., p. 96, nota 2.

⁶⁴⁰ Novamente, VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 280 e, ainda, 282.

⁶⁴¹ VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., p. 280.

sujeito a despejos discricionários efectuados por um senhorio que se encontrasse noutras circunstâncias? Se a *iusta et probabilis causa* visasse um fortalecimento da posição do arrendatário perante o *locator*, essa diferença de tratamento seria absolutamente incompreensível. Que motivos justificariam que só os arrendatários de imóveis vendidos fossem dignos desse tipo de tutela (e de que não beneficiavam até à tentativa de *traditio*), podendo contornar as regras da tutela possessória – ou melhor, da falta dela – e obstar à expulsão? Não vemos quais poderiam ser.

Em todo o caso, semelhante protecção parcial (isto é, apenas quando se colocasse um problema de sucessão a título singular no direito do locador) seria muito facilmente ultrapassada: o senhorio, ainda antes da *traditio* da *res*, expulsava o *conductor*, situação em que não haveria qualquer direito de resistência. O que acabaria por se afigurar nocivo para os interesses do arrendatário: o *dominus* seria tentado a tomar, logo à partida, posições de força que evitassem eventuais impossibilidades de transmissão. Ora, não era minimamente lógico (e até seria contraproducente) beneficiar quem procedia, sem mais, a um despejo antecipado para deixar ao comprador o prédio livre, em detrimento do senhorio que permitisse a continuação da detenção *ex conducto*, eventualmente até com a intenção de que subsistisse após a transmissão.

Poder-se-ia atalhar que essas dificuldades demonstram que a intenção da parte final de D.43,16,12 era a de proteger o locatário de qualquer expulsão, mas tal raciocínio não convence. Não faz qualquer sentido que um genérico direito de resistência do *conductor* fosse conferido num texto que tratava da *interversio possessionis* ocorrida num circunstancialismo de *traditio* da *res* e, além do mais, lançando-se mão de um conceito indeterminado e de preenchimento casuístico como a justa causa.

Mesmo que se aceite que “*si nondum impleta fuerint tempora locationis*” era uma causa justa e provável (algo que não nos parece curial e que apenas admitimos hipoteticamente), tal estava muito longe de permitir o gozo efectivo do prédio contra a vontade do senhorio. Quando este procedesse ao despejo, após o compasso de espera imposto pela resistência (lícita) oferecida ao comprador⁶⁴², e embora aumentasse a amplitude com que se aceitava semelhante resistência, uma indemnização por equivalente era o melhor que o arrendatário conseguiria alcançar. O que não deve surpreender, porque esse já seria o resultado da aplicação de C.4,65,3 – as expulsões

⁶⁴² VERSTEGEN, *Emptio Tollit Locatum. L'Importance du Transfert de la Possession*, cit., pp. 281-282.

antecipadas (e, conseqüentemente, quando ainda não decorrera o período contratual) fora das circunstâncias previstas não eram protegidas interditalmente, nem permitiam exigir a prestação *in natura*, mas somente o *id quod interest*.

Assim, o significado das palavras do escoliasta bizantino era, na nossa opinião, o seguinte: se o período contratual ainda não tivesse decorrido, o impedimento da *traditio* pelo arrendatário não configurava uma *interversio possessionis* e o senhorio disso não se podia aproveitar para recuperar a posse através do *interdictum*.

II. A PROTECÇÃO DO ARRENDATÁRIO NA TRADIÇÃO ROMANISTA⁶⁴³

1. Período do Direito Comum

1.1– O Renascimento do Direito Romano e a Renovação do Direito Canónico

1.1.1– Os Glosadores⁶⁴⁴

1.1.1.1– A não realização coactiva da prestação do locador

A patente ambiguidade do complexo textual justinianeu relativo à realização coactiva da prestação, com preceitos tão diversos como D.42,1,13,1 e D.39,1,24,1 (que conferia ao credor o direito de escolher entre a prestação em espécie e uma indemnização), foi recebida numa Europa medieval que pretendia um corpo legal vigente, embora nem sempre conhecesse a sua génese e conjuntura socioeconómica da sua elaboração⁶⁴⁵. Encarando o *Corpus Iuris Civilis* como uma unidade, aplicável à vida

⁶⁴³ Sobre o sentido da expressão “tradição romanista”, isto é, a supervivência do direito romano do século VI em diante (após a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*) e que aqui nos interessa particularmente do século XI em diante, cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 88 e ss., em especial 94 e ss..

⁶⁴⁴ A propósito da Escola dos Glosadores (ou Escola de Bolonha) e o seu papel pioneiro no chamado renascimento do direito justinianeu a partir dos séculos XI e XII, através de um esforço de exegese e sistematização dos textos romanos, cf., por exemplo: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5ª edição, com a colaboração de RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, pp. 236 e ss.; RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, I volume, 10ª edição, Lisboa 1999, pp. 245 e ss. e 250 e ss.; NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, pp. 211 e ss., ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005 (há reimpressão de 2014), pp. 26-28; RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pp. 50-51; MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pp. 17 e ss.; WIEACKER, *História*, cit., pp. 38 e ss.; GERHARD WESENBERG/ GUNTER WESENER, *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y En Europa*, tradução da 4ª edição alemã (1985) por JOSE JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 57 e ss.; ADRIANO CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno in Europa. Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1982, pp. 105 e ss., HERMANN LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter, Band I: Die Glossatoren*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1997.

⁶⁴⁵ Cf. a referida introdução de HALLEBEEK, in “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, cit., p. 3.

social, os legistas tentaram harmonizar aquele emaranhado de dispositivos com o objectivo de chegar a um conjunto claro de regras jurídicas⁶⁴⁶.

Deste modo, a construção de um regime de realização coactiva das obrigações de *facere* esteve longe de ser pacífica no seio dos Glosadores – e a divisão dos legistas entre a aceitação da execução específica e a regra da *condemnatio pecuniaria* repercutiu-se, como veremos, nos séculos vindouros.

Pela primeira opção ter-se-á pronunciado IRNÉRIO (1050/1125). Segundo a glosa *Reverti* a D.7,1,3,2, o *caput scholae* dos Glosador considerava que ninguém poderia obrigar-se a prestar serviços perpetuamente, para não perder a sua liberdade: “*secundum IRN. quod quis non potest locare operas suas in perpetuum ne inutilis esset libertas*”, ao que seguidamente se contrapõe: “*praestando interesse liberatur*”⁶⁴⁷. Num argumento não particularmente claro, poder-se-ia concluir que IRNÉRIO não reconhecia a possibilidade de não cumprimento mediante pagamento do *id quod interest*, uma vez que este não libertaria o devedor da obrigação⁶⁴⁸.

AZO admitia latamente a condenação em espécie: “*Si autem factum contineatur in obligatione, praecise ad id potest agi ut [D.39,1,21,4] nisi specialiter lex permittat solvi interesse, ut liberetur ab obligatione ut [D.3,3,45 pr.] ...*”⁶⁴⁹.

O texto, habitualmente ignorado, mostra com evidência que, para aquele jurista, a regra geral era a da execução específica das obrigações cujo conteúdo fosse uma prestação de facto⁶⁵⁰, o que era fundamentado em D.39,1,21,4⁶⁵¹. O devedor apenas poderia libertar-se da obrigação, mediante o pagamento de indemnização, se tal fosse permitido por normas especiais como D.3,3,45 pr. (que determinava que o pretor não

⁶⁴⁶ Para estas considerações, JAN HALLEBEEK/THEODOR MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, p. 84.

⁶⁴⁷ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet, Lugduni, 1627, col. 844.*

⁶⁴⁸ Cf. TILMAN REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1994, pp. 52-53.

⁶⁴⁹ *Brocardia, Sive Generalia Iuris*, Basileae, 1567, XLI, p. 393.

⁶⁵⁰ Cf. HARRY DONDORP, *Precise Cogi, Enforcing Specific Performance in Medieval Legal Scholarship*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, pp. 42, 45 e 52. Cremos que a análise de *Brocardia* trazida à colação por este Autor, demonstrando cabalmente a defesa da existência de um princípio geral de execução específica, faz (ainda mais) luz sobre o pensamento de AZO e dissipa as objecções de REPGEN, *Vertragstreue*, cit., pp. 81 e ss..

⁶⁵¹ “*Sive autem res iudicetur sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut res viri boni arbitrato restituatur: quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit*”: o proprietário da obra nova que perde a acção deverá repor a situação inicial, a arbítrio de bom varão, posto que o autor só aceitará alternativamente o valor da coisa se assim o entender (*si hoc petitori placuerit*).

podia compelir uma defesa jurídica – *nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere* –, restando a *actio ex stipulato*)⁶⁵².

Na sua *Summa*, AZO explicava, ainda, que o credor podia escolher entre a prestação *in natura* e o *id quod interest*: “... *ubi factum est in obligatione, potest agi ad factum, vel ad interesse ut* [D.45,1,81; D.42,1,13]”. E ofereciam-se alguns dos muitos exemplos onde a escolha poderia ocorrer: “*Et habet plerunque actor electionem, sicut (...) ut* [D.39,1,21] & *incautione procuratoris actoris, qui cavit de defendendo ut* [D.3,3,35,3]”⁶⁵³.

No fundo, o Autor considerava que D.45,1,81 e D.42,1,13 continham hipóteses em que o credor preferiu a indemnização, ao invés da execução específica, ao abrigo da opção que lhe era proporcionada. O que não pode deixar de ser visto como uma tentativa de harmonizar as fontes, com o fito de obter um quadro doutrinal unitário e sem contradições⁶⁵⁴ (*in casu*, tomando como regra geral a condenação do devedor *in natura*).

A mesma posição foi assumida por HUGOLINO (que ainda vivia em 1233): “*Sed an precise ad factum potest compelli? videtur* [D.39,1,21,4] *secundum H*”⁶⁵⁵.

E, cremos, também o foi por ACÚRSIO, que, na continuação da glosa *Obligationibus*, afirmava “... & [D.4,2,14,19] & [C.7,4,17] & [D.3,3,35,3]. *Econtra quod non potest: ut hic* & [C.4,49,4]. & *in contrariis sit speciale. Tertii distinguunt an possit per alium fieri et tunc praecise teneatur, alias non: ut* [C.6,51,1,9]”⁶⁵⁶.

Como expõe DONDORP, para o organizador da Magna Glosa D.4,2,14,19, C.7,4,17 e D.3,3,35,3, eram textos de onde se retirava a possibilidade de execução específica, tal como D.39,1,21,4. Em certas hipóteses, como a prevista em C.4,49,4, tal não seria possível, mas esses seriam casos especiais. Outros (*terti*) distinguiam se o

⁶⁵² “*Non cogendum. Sabinus autem nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: at si iustas causas habeat, cur iudicium accipere nolit, fideiussores non teneri, quia vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui iustam excusationem adferret, defendere cogeretur. Sed et si satis non dedit, sed repromittenti ei creditum est, idem statuendum est*”.

⁶⁵³ AZO, *In Ius Civile Summa*, Lugduni, 1564, ad C.7,47, n° 9, fl. 204 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 285, e DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 45.

⁶⁵⁴ Neste exacto sentido, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 285.

⁶⁵⁵ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii (...)*, Lugduni, 1627, ad D. 42,1,13,1, glosa *Obligationibus*, col. 526. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 286, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542, e DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 45-46.

⁶⁵⁶ Assim, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 286.

acto podia ser praticado por pessoas que não o devedor; e, se assim fosse, havia possibilidade de condenação *in natura* (*praecise teneatur*)⁶⁵⁷.

É, na sua plenitude, a doutrina que AZO expendera. A referência à distinção feita por *tertii* não é uma opinião própria⁶⁵⁸, ao contrário do que pressupõe TILMAN REPGEN, para quem ACÚRSIO só reconheceria a execução específica de obrigações que “*não*” (a adição é de REPGEN) pudessem ser cumpridas por outras pessoas, em termos semelhantes aos admitidos pelo § 888 do *Zivilprozessordnung* alemão⁶⁵⁹. Pelo contrário, ACÚRSIO acrescentava exemplos de execução específica aos que já haviam sido oferecidos por AZO e HUGOLINO e, tal como o Autor da já citada *Summa*, afirmava que um regime diferente tinha de estar previsto em normas especiais (“*in contrariis sit speciale*”)⁶⁶⁰.

Isto é confirmado pela glosa *In aliis autem casibus* a C.7,47,1, onde ACÚRSIO, mais uma vez na linha de AZO, afirmava que em situações como as de D.42,1,13,1 e -45,1,81 havia uma escolha do autor entre o facto devido e a indemnização por danos, tal como se admitia em D.39,1,21,4 (embora não em D.3,3,45): “*in quibus agitur ad factum vel interesse* [D. 42,1,13,1] & [D. 45,1,81], *est actoris electio, agat praecise, ad factum, vel interesse: ut* [D. 39,1,21,1 e 4] (...) *Sed fallit in casu procuratoris rei, ut* [D.3,3,45]”⁶⁶¹.

Mas permanece a dúvida: quem eram os *tertii* referidos na glosa *Obligationibus*?

Para DONDORP, a tese que ACÚRSIO atribui a *tertii* está em consonância com a de ODOFREDO ou, pelo menos, derivará dela⁶⁶². O que não nos parece plausível – como melhor veremos de seguida, com a análise do contributo daquele Glosador.

ODOFREDO, ao contrário de AZO, HUGOLINO e ACÚRSIO, entendia que a *condemnatio pecuniaria* era a regra geral para as *obligationes faciendi*, uma vez que os textos romanos admitiam-na em maior número de preceitos do que aqueles que previam a execução específica: “*Quia duas legis invenio & plures, que dicunt quod praestando interesse qui tenetur ad factum liberatur, quam leges, que dicant quod praestando*

⁶⁵⁷ *Praecise Cogi*, cit., p. 46.

⁶⁵⁸ Como bem conclui NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542.

⁶⁵⁹ Cf. REPGEN, *Vertragstreue*, cit., pp. 104-105. Note-se que o Autor considera que falta uma negativa no texto, sob pena de ser incompreensível (p. 105, nota 276). Como veremos, o segmento da glosa é perfeitamente compreensível tal como chegou até nós (*vide* DONDORP, *ob. cit.*, p. 46, nota 147).

⁶⁶⁰ Acompanhamos DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., pp. 46-47.

⁶⁶¹ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1932. Cf. DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., p. 46. Este reforço da posição de ACÚRSIO já era notado por DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 286. Contra, REPGEN, *ob. cit.*, p. 106, com a opinião de que não se trata do reflexo de uma posição própria de ACÚRSIO.

⁶⁶² DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., p. 46.

interesse non liberetur. Unde ex pluribus legibus constituo regulam, non est paucioribus”⁶⁶³. Seria o maior número de preceitos que constituía a regra, não a minoria.

ODOFREDO acolhia, porém, uma hipótese de execução específica. Baseado no caso do copista que se obrigou a escrever pela própria mão, o Autor assumia que aí havia lugar a execução forçada (“*Sed verius dicamus in scriptore, qui promissit suis manibus scribere, quod teneatur precise*”), o que se estendia a outras situações desse tipo (“*Et idem dicebant in omni alio qui tenetur ad factum*”), pois a obrigação só ficava satisfeita com a prestação do próprio devedor (tratando-se, assim, de prestações de facto infungível). Ao ponto de se admitir o agrilhoamento dos pés do escriba para que cumprisse (“*ita ut possit poni in compedibus*”) ⁶⁶⁴.

Ora, este jurista bolonhês não defendia que, se terceiros puderem prestar, havia lugar a execução específica. Essa é, sim, a opinião dos *tertii* da glosa *Obligationibus*, como DONDORP mostra através da sua tradução do texto (“*Others distinguish whether the act can or cannot be carried out by someone else. If so, one is bound precise*”) ⁶⁶⁵. Pelo contrário, ODOFREDO afirmava que, se o devedor se obrigou a ser ele mesmo a realizar a prestação, o credor podia exigir a execução específica – ou, noutros termos, haveria tão-só lugar ao pagamento do montante indemnizatório se outros pudessem prestar. Logo, não é à opinião de ODOFREDO que se refere a passagem da glosa *Obligationibus*.

O próprio DONDORP escreve: “*Odofredus restricted specific performance to acts that had to be performed in person*”⁶⁶⁶. Como poderá, então, o segmento “*Tertii (...) non*” basear-se em ODOFREDO?

A posição mais adequada é, pois, a de NEHLSSEN-VON STRYK: os *tertii* eram representantes de uma terceira opinião, que admitia a condenação em espécie quando terceiros pudessem prestar, o que acaba por corresponder ao direito actual⁶⁶⁷ (entre nós, art. 828º do Código Civil: “*O credor de prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor*”).

⁶⁶³ *Praelectiones in Postremum Pandectarum Iustiniani Tomum, vulgum Digestum Novum*, Lugduni, 1552 (*Lectura Super Digesto Novo*, “*Opera Iuridica Rariora*”, IV, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968), ad D. 39,1,21,4, nº 13, fl. 11 verso. Vd. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 45.

⁶⁶⁴ ODOFREDO, *Lectura Super Digesto Novo*, cit., ad D.42,1,13,1, nº 6, fl. 78 verso.

⁶⁶⁵ *Precise Cogi*, cit., p. 46.

⁶⁶⁶ *Precise Cogi*, cit., p. 50.

⁶⁶⁷ *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 542-543. Note-se que DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 46, nota 147, não descarta completamente a sugestão da Autora.

Passando às obrigações de *praestare*, assinala-se que a mais significativa delas, a de entregar a *res* ao comprador, foi objecto de múltiplos dissensos na Escola de Bolonha. Como pano de fundo, afloram as diferentes visões de BÚLGARO (mais apegado ao teor textual do direito romano) e de MARTINHO GOSIA (com maior permeabilidade aos ditames da *aequitas*).

Para a primeira corrente, integrada por BÚLGARO (que terá falecido entre 1166/67), JOÃO BASSIANO, AZO e HUGOLINO, se a coisa vendida não fosse entregue, o vendedor não poderia ser condenado a mais do que uma indemnização por não cumprimento, ainda que tivesse a *res*. Da questão dá conta a glosa *Agitur* a D.19,1,1 pr.: “*Quid autem si praecise velit haberem rem, an potest? Dicit M. quod sic, si habet restituendi facultatem, si non sit condemnatio in interesse (...) quod dicitur, conventionem servanda (...) Bul. autem, & Joan. & Azo & Hu. Dicunt eum liberari semper praestando interesse, etiam si haberet rem*”⁶⁶⁸.

A argumentação de BÚLGARO e dos seus seguidores baseava-se em diversos textos romanos, dos quais se destacavam D.19,1,1 e C.4,49,4: “*dicunt, quod si venditor rem tradere, si solvat interesse, et hoc adprobant ex multis Legibus; nam si res vendita non tradatur, ad id, quod interest tenetur, ut [D.19,1,1] et [C.4,49,4]...*”⁶⁶⁹.

Podem respigar-se, identicamente, a *Summa Trecensis* (que negava ao comprador a possibilidade de conseguir a prestação da *res*, em favor de quantia indemnizatória – VII,31,4: “*teneris enim iam non ad ipsam rem tradenda, set ad id quod interest, [ut] [C.4,49,4]*”)⁶⁷⁰ e *Lo Codi*, onde se afirmava que, se o vendedor não quisesse proceder à entrega, o *emptor* só podia exigir o equivalente às vantagens que teria se possuísse a *res* (IV,58,4: “*Si ille qui vendidit rem non vult eam dare emptorim emptor poterit tantum ei petere quantum proficuum emptor haberet si rem habuisset*”⁶⁷¹),⁶⁷².

⁶⁶⁸ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...), Tomus hic Primus*, cit., col. 1777. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 541.

⁶⁶⁹ Cf. *Vetus Collectio*, § 60, in “*Dissensiones Dominorum Sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores Vocantur*”, edidit et adnotationibus illustravit GUSTAVUS HAENEL, Sumtibus I. C. Hinrichsii, Lipsiae, 1834, pp. 47-48. Vd. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 287.

⁶⁷⁰ *Summa Codicis des Irnerius*, mit einer Einleitung, herausgegeben von HERMANN FITTING, J. Guttentag, Berlin, 1894, p. 251.

⁶⁷¹ *Lo Codi, Eine Summa Codicis in Provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII Jahrhunderts*, herausgegeben von HERMANN FITTING/HERMANN SUCHIER, Erster Teil, Lo Codi, in der lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus, Verlag von Max Niemeyer, Halle, 1906, p. 123.

⁶⁷² DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 288.

Afastada era, pois, a entrega *manu militari* da *res* ao comprador, como declarava expressamente AZO, ao tomar o partido de BÚLGARO: “*It nunquid à praeside manus militaris auxilium poterit implorari, ut res ab invito venditore extorqueatur, quod M. visum est, argu. [D. 6,1,68]. Sed certe ut ait B. contrarium est verius (...) dicit lex eum liberari praestito interesse...*”⁶⁷³.

Vimos atrás que, segundo AZO, podia ser exigido o cumprimento das obrigações de *facere* (nas quais incluía a de entregar a coisa vendida), salvo disposição especial. Na sua óptica, C.4,49,4 era, justamente, uma *lex specialis*, que impunha a condenação pecuniária: “*Ad quid ergo venditus est obligatus? Respondeo, ad factum (...) Verum est, sed lex permittit, ut possit praestito interesse liberari ut [C.4,49,4]*”⁶⁷⁴.

Já para MARTINHO (que terá vivido desde o início do século XII até 1166/67), se o vendedor pudesse proceder à *traditio* da *res*, o comprador teria direito à execução específica – até em obediência ao convencionado – mesmo que o primeiro quisesse pagar uma indemnização (“*quonian, quum res exstat et possibilitas tradendi, cogitur venditor rem tradere, nec est audiendus volens interesse prestare*”); eram invocados preceitos como D.19,1,11,2 (“*et in primis rem ipsam praestare creditorem oportet, id est tradere*”) ou D.19,1,46 (“*cogetur implere venditionem*”)⁶⁷⁵.

O comprador só teria de aceitar o pagamento de um montante indemnizatório se a coisa já não existisse ou se, existindo, o vendedor não pudesse entregá-la (porque, por exemplo, a vendera e entregara a outrem): “*dicit Martinus in eo casu loqui, quum res non exstat, vel si exstat, non tamen eam tradere potest, quia forte alii vendiderat et tradiderat (...) eam exemerat et determinando dicit: si res vendita non tradatur, ad id, quod interest, agitur et agi potest*”⁶⁷⁶.

E da argumentação ressaltava, ainda, o já referido elemento de equidade: qual seria a indemnização devida pelos danos causados àquele que está a morrer de fome e

⁶⁷³ *In Ius Civile Summa*, cit., ad C.4,49, nº 6, fl. 116 verso. AZO apontava que a entrega *manu militari* (D.6,1,68) fora defendida por MARTINHO. E o mesmo fazia ACÚRSIO, na já observada glosa *Agitur*. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 37, aponta que estas imputações não estão demonstradas nas *dissensiones dominorum*, nem nas glosas mais antigas a D.6,1,68. Será que, em alternativa à indemnização por danos, a expressão “*praecise teneatur*” de MARTINHO se referiria a uma estimação do valor da *res* que, por via de um *iusiurandum in litem*, funcionaria como meio de coacção? Não cremos, pois seria pouco consentâneo com o exemplo do faminto que compra pão (que analisaremos de seguida no texto). Se o comprador não come o dinheiro da indemnização, também não comerá o valor estimado da *res*... Nem cremos, sequer, que juristas de tal craveira fossem tão pouco rigorosos ao assacar uma opinião a MARTINHO.

⁶⁷⁴ *Brocardia*, cit., p. 393. Cf. DONDORP, *ob. cit.*, p. 35.

⁶⁷⁵ *Vetus Collectio*, cit., § 60, p. 47. Vd. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 288-289.

⁶⁷⁶ *Vetus Collectio*, cit., § 60, p. 48. Cf. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 33.

compra pão, mas a quem não se entregava o pão (“*Quaerit etiam Martinus, si panem vendideris, te non tradente mihi mortuo fame, quod interesse poterit praestari?*”)⁶⁷⁷.

Nesse encadeamento, PILLIO, invocando a *aequitas naturalis*, defenderá a execução específica⁶⁷⁸. Desde logo, a obrigação de *tradere* não poderia ser cumprida mediante um *aliud*, como seria a indemnização por não cumprimento: “*quia rem, quam vendidit, debet tradere venditor ergo aliud praestando pro ea liberari non potuit, ut* [D.30,71,4], [I.3,14 pr.] & [C.8,42,16]”⁶⁷⁹. Ademais, I.2,7,2⁶⁸⁰ determinava que o doador estava obrigado a entregar aquilo a que se comprometera, o que constituiria mais um argumento (analógico) para se poder exigir ao vendedor a entrega da *res*: “*quia in lege aperte dicitur oportere venditorem rem tradere quam vendidit, ut* [D.19,1,11], & [D.19,1,46], & [I.2,7,2]”.

Assinale-se, por último, que PILLIO admitia a própria entrega *manu militari*, nos termos de D.6,1,68: “*si ergo necesse habet, rem tradere: ita quod velit, nolit, tradere cogitur, quinimmo manu militari debet ab eo auferri* [D.6,1,68]”.

ACÚRSIO acabará por também aceitar a execução específica da prestação de *tradere* a cargo do vendedor. Na glosa *Tradatur* a I.3,23,1 prevalecia a posição de MARTINHO sobre a de BÚLGARO, dadas a proibição de prestar um *aliud* e a improbidade do rompimento dos acordos de vontades: “*Esset enim valde mirum (quod ait B.) ut sic compellatur aestimationem pro re recipere: ut* [D.12,1,2,1⁶⁸¹] (...) *item sic improbe pacta rumpere, cum praetor dicat, pacta servabo: ut* [D.2,14,7,7]”⁶⁸².

Não obstante esta profusão de contributos, em que não faltaram opiniões favoráveis à execução específica das obrigações de *facere* e de *tradere*, os Glosadores continuaram a interpretar os textos romanos no sentido de a entrega da *res* dada em

⁶⁷⁷ *Vetus Collectio*, cit., § 60, p. 47. Cf., por exemplo, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 289.

⁶⁷⁸ *Quaestiones Aureae*, Romae, 1560, Quaestio CXVI, p. 199. Seguir-se-á DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 34 e 36.

⁶⁷⁹ Observa DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 34, nota 73, que os textos citados dizem respeito a obrigações de *dare*.

⁶⁸⁰ “...*perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donator*”.

⁶⁸¹ “*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”.

⁶⁸² *Institutionum, Commentarijs Accursii*, Ex Officina Rouilliana, Lugduni, 1627, col. 401. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 290; DONDORP, *ob. cit.*, pp. 35 e 39-40.

locação não poder ser coactivamente alcançada⁶⁸³. A clareza daqueles dispositivos, combinada com o método exegético da escola, a isso conduzia.

No epítome conhecido como *Brachylogus*, a *actio conducti* era apresentada como o meio de obter a entrega da coisa ou, em cumprimento da mesma finalidade, o pagamento do *quod interest*: “*locator vero conductori conducti actione ad usum rei tradendum, vel ad hoc, quod interest, ei praestandum tenetur*” (III, XIV, 2)⁶⁸⁴. Como observa GENIUS, era concedida uma alternativa, à escolha do devedor⁶⁸⁵.

Segundo *Lo Codi*, o locador que não entrega ou que não impede, dentro do possível, que outros privem o locatário da *res* deve indemnizar pelos danos causados: “*et si ille qui locat aliquam rem non dimittit illi tenere cui locavit et non veta alii qui illum vult proicere de re illa quantum potest, debet ei emendare dampnum quod habet et quod habebit*” (IV,69,20)⁶⁸⁶.

PLACENTINO também reconhecerá uma alternativa à disposição do locador: “*Venit autem in accione conducti, ut res locata fruenda tradatur vel interesse prestetur*”⁶⁸⁷.

AZO não se afastava da solução, seguindo D.19,2,15 pr.-1: quando não fosse prestado ao locatário o convencionado na *lex conductionis*, aquele podia agir *ex conducto* (“*Vel sicut in lege conductionis convenerit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur*”)⁶⁸⁸.

E, de forma ainda mais evidente, a glosa *Ex conducto* a C.4,65,15 esclarecia que o *agere ex conducto* subsequente à expulsão era “*ad interesse, in quo venit etiam lucrum*”⁶⁸⁹. Ou seja, permitia ao *conductor* exigir uma indemnização por danos emergentes e lucros cessantes causados pelo não cumprimento, mas não conduzia a uma condenação do *locator* a entregar o prédio.

⁶⁸³ Seguiremos GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 46.

⁶⁸⁴ *Corpus Legum sive Brachylogus Iuris Civilis*, edição crítica de EDUARDUS BÖCKING, Impensis Ferd. Dümmleri, Berolini, 1829, p. 100.

⁶⁸⁵ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 46.

⁶⁸⁶ *Lo Codi*, cit, p. 143.

⁶⁸⁷ *Summa ‘Cum essem Mantue’ sive de accionum varietatibus*, herausgegeben von GUSTAV PESCATORE, Druck von Julius Abel, Greifswald, 1897, n° 256, p. 61.

⁶⁸⁸ *In Ius Civile Summa*, cit., ad C. 4,65, n° 29, fl. 125.

⁶⁸⁹ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1091.

1.1.1.2 – A tutela possessória do locatário

Os Glosadores não se afastaram do direito romano ao não outorgar protecção possessória aos meros detentores⁶⁹⁰, incluindo o locatário.

Como tantas vezes ocorreu, MARTINHO foi uma voz isolada na defesa da sua qualificação como possuidor natural⁶⁹¹, ao passo que JOÃO BASSIANO⁶⁹², AZO⁶⁹³, ODOFREDO⁶⁹⁴, ROFREDO DE BENEVENTO⁶⁹⁵ e as glosas *Ex conducto* (*ad C.4,65,15*)⁶⁹⁶ e *Domino* (*ad C.7,30,1*)⁶⁹⁷ lhe negaram essa qualidade⁶⁹⁸.

Atente-se que, dada a prolixidade do Digesto nesta matéria (com a *naturalis possessio* a abranger a posse interdital e a mera detenção), os Autores medievais tomaram a posse natural como aquela que era protegida pelos *interdicta* ou que o possuidor civil exercia através de outrem. Consultem-se, ilustrativamente⁶⁹⁹, o glosador AZO (“*Datur hoc interdictum deiectum, sive civiliter & naturaliter possideat...*”)⁷⁰⁰ e o comentador PIERRE JACOBI (“... *habeo civilem per me, & naturalem per alium: ut per colonum, vel inquilinum...*”)⁷⁰¹.

Deste modo, recusava-se expressamente ao *conductor* a defesa interdital⁷⁰². Apontam-se a *Summa Trecensis* (“... *ei vero qui ministerium suum alteri prestat non datur, ut colono...*”)⁷⁰³, *Lo Codi* (“... *si colonus meus vel inquilinus vel alius qui tenet*

⁶⁹⁰ CARL GEORG BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1848, pp. 104 e ss.; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 85.

⁶⁹¹ Cf. *Institutionum, Commentarij Accursii*, cit., glosa *In possessione sit ad I. 4,15,5*, col. 572 (“*Sed M. dicit eos naturaliter possidere*”) e *Hugolinus*, in “*Dissensiones Dominorum Sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores Vocantur*”, edidit et adnotationibus illustravit GUSTAVUS HAENEL, Sumtibus I. C. Hinrichsii, Lipsiae, 1834, § 317, p. 470, nota m).

⁶⁹² *Hugolinus*, cit., § 317, p. 470: “*Sed Iob. (Ioannes Bassianus) et Azo contradicunt, quod colonus nullam habet possessionem omnino neque civilem neque naturalem*”.

⁶⁹³ *Hugolinus*, cit., § 317, p. 470; *In Ius Civile Summa*, cit., *ad C. 4,65, n° 20*, fl. 124 verso: “*Nec enim possidet conductor temporalis (...)* [D.19,2,60,1; - 41,2,30,5]...”.

⁶⁹⁴ *Lectura Super Codice I*, Lugduni, 1552 (“*Opera Iuridica Rariora*”, V1, selecta cura et studio DOMINICI MAFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968), *ad C. 4,66,1, n° 1*, fl. 61: “*conductor nullo modo possidet scilicet civiliter vel naturaliter*”.

⁶⁹⁵ *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, Apud Michaellem Demenium, Coloniae Agrippinae, 1659, *Pars VIII, De constitutione, si quis in tantam*, n° 22, p. 403: “... *nec inquilinus possidet neque colonus*”.

⁶⁹⁶ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1091: “*nulla habeat possessionem*”.

⁶⁹⁷ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1836: “*Si ergo dominus per se civilem habet, per colonum naturalem (...) ergo colonus nullam omnino habet possessionem*”.

⁶⁹⁸ Vd. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 47, nota 16.

⁶⁹⁹ Seguimos MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 84.

⁷⁰⁰ *In Ius Civile Summa*, cit., *ad C.8,4,7, n° 11*, fl. 216.

⁷⁰¹ *Aurea Practica Libellorum*, cit., *Rubrica CLX, De possessione*, n° 7, p. 581.

⁷⁰² Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 47, e MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 84-85.

⁷⁰³ Cit., VIII,4,3 – *Unde Vi*, p. 265.

aliquam rem pro me erit deiectus de possessione (...) non poterit illam dimandare)⁷⁰⁴, ROFREDO (“... *interdictum unde vi, non datur neque colono neque inquilino...*”)⁷⁰⁵, a *Summa* de AZO (“*Datur hoc interdictum deiectum, sive civiliter & naturaliter possideat (...) Non tamen dico colonis, vel inquilinus dari: quia nec civilem, neque naturalem habent possessionem...*”)⁷⁰⁶ e a glosa *Si colonus* a D.43,16,1,10: “*scilicet deiiciatur poterit interdicto uti: quia non possidet, nisi prius intervertat possessionem: ut in contrariis [D.19,2,24,4; D.19,2,33]*”⁷⁰⁷ (o detentor apenas poderia lançar mão dos *interdicta* mediante uma prévia inversão da posse)⁷⁰⁸.

A protecção jurídica das situações de detenção não esteve, no entanto, completamente fora das preocupações dos Glosadores, que para o efeito encontraram arrimo em C.8,4,7⁷⁰⁹ e na figura do *officium iudicis*.

⁷⁰⁴ Cit., VIII,3,3, p. 281 (“o meu o colono ou o meu inquilino não poderão agir contra uma expulsão através do *interdictum unde vi* porque possuem em meu nome”).

⁷⁰⁵ *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, cit., Pars II, *De interdicto quod vi aut clam*, nº 11, p. 86.

⁷⁰⁶ Cit., ad C. 8,4,7, nº 11, fl. 216.

⁷⁰⁷ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 674.

⁷⁰⁸ Profundamente influenciada pelo direito romano renascido, a obra legislativa do monarca castelhano Afonso X, o Sábio (que reinou entre 1252 e 1284), mostrava uma plena recepção da *locatio conductio* através das figuras do *loguero* ou *arrendamiento*, que, segundo as *Siete Partidas*, eram contratos de concessão onerosa do gozo de uma res: “*A Loguero es propriamente, quando un Ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia; o otorgar un ome a otro poder de usar de su cosa o de servir-se della, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados (...) E arrendamiento, segun el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almoxerifadgo, o alguna otra cosa, por tanta cierta que den por ella*” (5,8,1). Na sua conhecida glosa ao texto das *Partidas*, GREGORIO LÓPEZ (*Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Quinta, por el D. Joseph Berni et Català, Imprensa de Benito Monfort, Valencia, 1767, ad 5,8,1, p. 94) não deixava qualquer tipo de dúvida sobre tal recepção: “*Locatio est...*”.

Assim, o *loguero* ou o *arrendamiento* não atribuíam ao locatário a qualidade de possuidor, que pertencia exclusivamente ao locador. As *Siete Partidas* (3,30,5, sob a epígrafe “*Como los Labradores, e los Yugueros, e los que tienen las cosas arrendadas, o alogadas, non ganan la tenencia*”) eram expressas a esse respeito: “*Labradores, o Yugueros, o los que tienen arrendadas, o alogadas cosas ajenas, como quier que ellos sejan apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos, en cuyo nombre tienen el arrendamiento*”. O comentário da autoria de GREGORIO LÓPEZ (*Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Tercera, por el D. Joseph Berni et Català, Imprensa de Benito Monfort, Valencia, 1767, ad 3,30,5 p. 403) sublinhava que a mera detenção do locatário não se confundia com a posse (“*Licet inquilinus, colonus, aut conductor corporaliter rem retineat, non tamen possidet*”) e na glosa *En cuyo nombre* remetia-se para D.41,2,25,1, texto já nosso conhecido (cf., *supra*, I.2.1).

Sobre as *Siete Partidas*, a sua importância na recepção do direito romano justinianeu na Península Ibérica, o seu conteúdo e sistematização, a respectiva aplicação a título subsidiário em Portugal e a influência que tiveram em diversos preceitos das Ordenações Afonsinas, cf., por exemplo, BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 200 e ss., ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 261, 263-264 e 308, e ANTONIO PÉREZ MARTÍN, *La Obra Legislativa Alfonsina y Puesto que en Ella Ocupan las Siete Partidas*, in “*Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*”, nº 3, 1992, pp. 9 e ss., e *Fuentes Romanas en las Partidas*, in “*Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*”, nº 4, 1992, pp. 215 e ss..

⁷⁰⁹ A propósito da importância prática que esta constituição assumiu no direito medieval, MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 177-178.

Informava ROFREDO que certa corrente via em C.8,4,7 uma *condictio ex lege* que estava aos dispor dos detentores (“... *quidam dicant, quod habent utilem conditionem ex lege ista, ut dicant possessionem, id est, detentionem*”⁷¹⁰; tratava-se, pois, de uma *condictio utilis*, adaptada a um caso que se considerava análogo e não fundada no *ius strictum*). Segundo ODOFREDO, tal era a opinião para que propendia JOÃO BASSIANO (“*Jo. videtur quod bene daretur colono condictio ex lege ista (...) ratione rei qui non possidebat, dabitur domino beneficium*”)⁷¹¹. Contudo, parece ter sido posição isolada. Em sentido contrário, AZO (“*non poterit agere unde vi, nec habebit locum constitutio [C.8,4,7]. cum inquilinus vel tales personae nullum habeant ius, nec habeant civilem vel naturalem possessionem*”)⁷¹² e o próprio ROFREDO (“*Omnes predicti [inquilino, commodatario, depositario, quid de his qui de precario tenent] cum non possideat, si deiciantur, non habent beneficium constitutionis istius*”)⁷¹³ negavam que o *conductor* pudesse ser protegido, pois não era possuidor⁷¹⁴.

O *officium iudicis* era, por seu turno, um meio processual que assumia carácter subsidiário, permitindo ao juiz actuar na falta de outra forma de tutela jurídica susceptível de ser invocada⁷¹⁵. Um exemplo do estudo do *officium iudicis* pela literatura da Escola de Bolonha encontra-se em AZO: “*Cum de actionibus ipsis, & de actoribus diligenter supra dicunt sit, nihil aliud superest, nisi ut sciamus, quod sit iudicis officium*”; “*quibusdam casibus, omnino deficiente actione, imploratur iudicis officium loco actionis*”⁷¹⁶ (ressaltando o cariz subsidiário do expediente e a sua função de correcção de deficiências do sistema de *actiones* do *ius civile*).

⁷¹⁰ *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, cit., Pars VIII, *De constitutione, si quis in tantam*, nº 22, p. 404. Cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 115, e FRANCESCO RUFFINI, *L'Actio Spolii: Studio Storico-Giuridico*, Fratelli Bocca Editori, Turim, 1889, pp. 259-260 e 283.

⁷¹¹ *Lectura Super Codice II*, Lugduni, 1552 (“*Opera Iuridica Rariora*”, V2, selecta cura et studio DOMINICI MAFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968), ad C. 8,4,7, nº 17, fl. 143. Cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 115, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 283, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 47.

⁷¹² *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, In Officina Iacobi Stoer, & Franc Fabrij Lugdunensis, 1596, ad C. 4,65,3, nº 2, p. 538.

⁷¹³ *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, últ. loc. cit..

⁷¹⁴ Cf. RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 259-260 e 283, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 47.

⁷¹⁵ Vide, por exemplo, MASMEJAN, ob. cit., p. 174.

⁷¹⁶ *In Ius Civile Summa*, cit., ad I. 4,17 nº 1, fl. 302 verso e nº 10, fl. 303. Cf. MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 286. O tratamento da matéria obteve desenvolvimento no âmbito do direito canónico, o que será analisado na correspondente secção.

A admissibilidade do recurso dos detentores ao *officium iudicis* foi menos controversa do que a de C.8,4,⁷¹⁷, sendo hipotizada por diversos Autores (“*Alii dicunt quod nec naturalem habet possessionem, & secundum hoc per officium iudicis defendetur in suo usu*”)⁷¹⁸ como ROFREDO (“*qualiter eis remotis a detentatione illa eis subvenietur? Respondeo (..) aliis forte subvenitur officio iudicis, ut arg. [C.11,50,1]*”)⁷¹⁹, HUGOLINO (com referência ao comodatário, a glosa *Facile* a D.5,3,19 pr. indicava que “*sed forte iudicis officio, secundum H.*”)⁷²⁰ e ACÚRSIO (“*Sed si (...) nec possessionem habeat; sed detentationem (...) forte consuletur ei actio in factum, vel offic. iudic. ad ipsam possessionem...*”)⁷²¹.

A sua aplicação quando não houvesse *actio* que concretizasse os interesses jurídicos dos *coloni* era expressamente reconhecida, no *Libelli Iuris Civilis*, pelo importante processualista que foi ROFREDO: “*Sucede frequentemente que os senhores exigem aos seus colonos ou vassallos mais do que aquilo a que estão habituados e mais do que era exigido em tempos anteriores, ou mais do que deveriam exigir. Nenhuma acção é disponibilizada aos colonos e vassallos contra os senhores (...) razão pela qual se encontra para este caso, subsidiariamente, o officium iudicis*” (“*Frequenter contingit quod domini a colonis seu a vassallis exigunt plus quam consueverunt et plus quam in anterioribus temporibus exactum est vel plus quam debeant exigere et cum nulla actio colonis et vassallis competat contra dominos (...) ideo in subsidium inventum est in hoc casu officium iudicis*”)⁷²².

⁷¹⁷ Sobre o ponto, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 115, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 283, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 47.

⁷¹⁸ Glosa *Constitutus ad D.39,5,27 (Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 168).

⁷¹⁹ *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, cit., Pars VIII, *De constitutione, si quis in tantam*, nº 22, p. 404. Segundo C.11,50,1, o *colonus* poderia dirigir-se ao juiz quando lhe fosse exigido mais do que era costume ou mais do que anteriormente (“*Quisquis colonus plus a domino exigitur, quam ante consueverat et quam in anterioribus temporibus exactus est, adeat iudicem, cuius primum poterit habere praesentiam, et facinus comprobet, ut ille, qui convincitur amplius postulare, quam accipere consueverat, hoc facere in posterum prohibeatur, prius reddito quod superexactione perpetrata noscitur extorsisse*”). Cf. de seguida no texto a opinião do Autor expressada em *Libelli Iuris Civilis*.

⁷²⁰ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentariis Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, cit., col. 730.

⁷²¹ Glosa *Incerti a D.13,1,12,2 – Codicis Iustiniani (...) Cum Commentariis Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, cit., col. 1343.

⁷²² Cf. *Libelli Iuris Civilis. Libelli Iuris Canonici. Quaestiones Sabbatine*, Avinhão, 1550, in “*Corpus Glossatorum Iuris Civilis*”, VI, Ex Officina Erasmiana, Turim, 1968, fl. 114 verso (*apud* MAGNUS RYAN, *The Oath of Fealty and the Lawyers*, in JOSEPH CANNING/OTTO OEXLE, “*Political Thought and the Realities of Power in the Middle Ages*”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1998, p. 214).

A importância desta inovação operada pela Escola de Bolonha merece ser sublinhada. Com ela, o detentor podia requerer aquilo que o direito romano lhe negara: a restituição da *res* de que fora indevidamente privado, por via de um “*speciale rimedio recuperatorio immaginato dai glossatori, cioè dell’ officium iudicis*”⁷²³.

1.1.1.3 – A extinção do contrato pelo locador

A ciência jurídica dos primórdios do renascimento do direito justinianeu não se afastou das soluções que derivavam das fontes romanas: se a expulsão antecipada fosse efectuada fora dos casos expressamente previstos, nomeadamente os constantes de C.4,65,3, o locador estava obrigado ao pagamento de indemnização ou de pena convencional⁷²⁴.

Mencionam-se a *Summa Trecensis* (“*item si male versatus est in re locata, et hoc prestatur: inmo etiam sine pena expelli potest. quod evenit et, si per continuum bienium pensiones non solvantur, aut si dominus propriis usibus eam necessariam esse probaverit, aut si necessarium domum reficere maluerit, remissis tamen pensionibus*”)⁷²⁵ e *Lo Codi* (“... si ego conduco unam domum vel campo et stetero (...) per duos annos non persolvam pensionem (...) ego perdo mea culpa illam domum (...) si ipse monstravit quod habeat necesse habitare in illa [domum] (...) si ipse proicit me de domo, non debet pati dampnum”)⁷²⁶, bem como os trabalhos de PLACENTINO (“*Locator quoque conductorem expellere potest, et impune si male versatus sit in re locata, ut [C.4,65,3], vel si biennio continuo pensiones non solverit, etiam (...) ut [D.19,2,54,1] (...) his enim in casibus non convenietur ad interesse, sed nec cogetur pati conductorem inhabitarem*”)⁷²⁷, AZO (“*Licet ergo dominus non possit exigere ante, tamen si inquilinus ultro non satisfaciat ei, poterit ipsum dominus impune expellere...*”)⁷²⁸ e ACÚRSIO, nas glosas *Si pensionem* (“*Ergo si non inferat pensiones, conductor potest expelli...*”) e *Corrigere a C.4,65,3* (“... ad omne interesse inquilini tenetur locator”)^{729 730}.

⁷²³ Transcrevemos RUFFINI, *L’Actio Spolii*, cit., p. 407.

⁷²⁴ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 50.

⁷²⁵ IV, 57, 5, p. 132.

⁷²⁶ IV, 69, 10-12, pp. 141-142: preenchendo-se os fundamentos de expulsão, o senhorio não tinha qualquer responsabilidade quando procedesse ao despejo.

⁷²⁷ *Summa ‘Cum essem Mantue’*, cit., nº 254, p. 61.

⁷²⁸ *In Ius Civile Summa*, cit., ad C.4,65, nº 13, fl. 124 verso.

⁷²⁹ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1084-1085.

⁷³⁰ O que se conservou em C.4,65,3 encontrou evidente reflexo na disciplina dos arrendamentos de casas e de espaços comerciais constante das *Siete Partidas* 5,8,6 (sob a epígrafe “*Como non deve ser*”).

Não se impedia – também em conformidade com os textos romanos – a livre cessação do contrato pelo *locator*, dada a natureza puramente obrigacional da locação. O arrendatário, simples detentor, poderia exigir uma indemnização por mero equivalente quando a expulsão fosse injustificada, mas não a restituição do gozo⁷³¹. Em abono desta conclusão, podem citar-se, v.g., AZO e, na Magna Glosa, ACÚRSIO.

Segundo AZO, “*si vero expellat eum dominus praeter assignatas causas, non poterit agere unde vi, nec habebit locum constitutio [C.8,4,7] cum inquilinus vel tales personae nullum habeant ius, nec habent civilem vel naturalem possessionem: sed aget ex locato*”⁷³² (e, no mesmo sentido, *ad C.4,65,15*: “...*si ante tempus expellatur, aget ex conducto ad interesse & ad poenam*”⁷³³). E na obra de ACÚRSIO, a nossa já conhecida glosa *Ex conducto* a C.4,65,15⁷³⁴ e a glosa *Earundem rerum* a C.8,4,7 (“... *si invado rem quam commodavi, vel locavi, vel deposui? (...) non teneor, cum nemine possessionem privare voluerim*”)⁷³⁵ não se mostravam diferentes.

echado de la casa, o tienda, el que la toviessse alogada, fasta el tiempo cumplido; salvo en los casos señalados”): “Alogando un ome a otro casa, o tienda, fasta tiempo cierto, pagandole el que la recibe, el alquilero que pone con el, a los plazos en que se avinieron, non le puede echar della, fasta que aquel tiempo sea cumplido. Fuera ende, por quatro razones. La primera es, quando al señor cae la casa en que mora, toda, o parte della, o esta guisada para caer, e non ha otra en que more; o ha enemistad en aquella vezindad en que mora, o otra premia por que non osa morar en ella; o si casasse el alguno de sus fijos, o si los fiziesse Cavalleros. La segunda es, si despues que la logo, aparecio alguna cosa atal, en la casa, por que se podria derribar si non fuesse adobada. Pero en estos dos casos sobredichos, tenuto es el señor de la casa, de dar al alquilero otra en que more, atal con que le plega, fasta el tiempo en que deve morar en la otra; o de descontarle del loguero tanta parte, quanta viniere en aquel tiempo que deve en ella morar. La tercera razón es, quando el que toviessse la casa logada, viasse mal della, faziendo en ella algún mal por que se empeorasse, o llegando en ella malas mugeres, o malos omes, de que se siguiessse mal a la vezindad. La quarta es, si alogasse la casa por quatro años, o cinco, aviendo a dar por ella cada año loguero cierto; ca si passaren dos años, que non pagasse lo que avia a dar, dende adelante, puedele echat della. E por qualquier destas razones sobredichas puede echar, ante de tiempo, ei señor de la casa, al que la toviere alogada, o alquilero, maguer el otro non quiera”.

Embora com especificidades, esta *ley* das *Siete Partidas* seguia de perto a constituição de Antonino Caracala e apenas permitia ao senhorio o despejo antecipado em determinadas situações: se necessitasse do imóvel arrendado devido ao mau estado da sua casa ou a situações que o impedissem de a usar (como uma má vizinhança), ou, ainda, se um dos seus filhos se casasse ou fosse armado Cavaleiro (o que se baseava no costume espanhol, o “*more antiquo Hispaniae*”: GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Quinta, cit., glosa *Cavalleros ad 5,8,6*, p. 98); se o espaço arrendado necessitasse de reparações que evitassem a sua derrocada; se a *res* fosse mal usada, nomeadamente através frequência de “maus homens ou más mulheres” (o que visava particularmente a introdução de prostitutas no prédio com prejuízo da vizinhança – “*si in domo intulit meretrices: si ex hoc inferretur detrimentum honestatis vicinis*”, como comentava GREGORIO LÓPEZ, *últ. loc. cit.*, glosa *Malas mugeres*, com apoio nos *Doctores*); se durante dois anos não se pagasse a renda.

⁷³¹ De novo, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 48.

⁷³² *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., *ad C.4,65,3*, nº 2, p. 538.

⁷³³ *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., p. 541.

⁷³⁴ *Supra*, II.1.1.2.

⁷³⁵ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 2060.

1.1.1.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

A regra geral da transmissão do direito do locador sobre a *res* e as respectivas consequências para a detenção do locatário foram encaradas pelos juristas da Escola de Bolonha tal como o fizera o direito romano⁷³⁶. Pelo menos assim foi para a locação celebrada *ad modicum tempus*⁷³⁷.

O sucessor a título singular⁷³⁸ (nomeadamente, o comprador, o legatário e o usufrutuário, como referia a glosa *Emptorem* a C.4,65,9: “*Idem est in legatario (...)* *Idem in fructuario*”⁷³⁹) não era obrigado a manter a detenção do *conductor* e podia proceder ao despejo antecipado, ficando o locatário limitado ao direito de responsabilizar *ex conducto* o locador (exigindo-lhe uma indemnização por mero equivalente devido ao não cumprimento do contrato).

Isto é demonstrado por fontes como *Lo Codi* (“*Si ille a quo ego conduxeram domum vendidit eam alii, non debeo ibi stare contra voluntatem illius qui emit, nec ipse cogitur eam michi dimittere si non vult, quamvis adhuc non venerit tempus usque ad quod ego locaveram eam, si ipse non emit tali conventione quod non proiceret me de domo donec deberem eam tenere*”⁷⁴⁰: “*Se aquele a quem tomei de arrendamento uma casa a vende a outro, não devo lá permanecer contra a vontade de quem comprou, nem ele próprio deve ser constrangido a expulsar-me dela se não quiser, posto que ainda não decorreu o prazo pelo qual me arrendou; [isto] se ele próprio não comprou com a convenção de não me expulsar da casa enquanto a devia habitar*”), a *Summa* e a *Lectura* de AZO (“... *singularis eius successor: ut emptor, cui credidit: autoritate sua potest expellere conductorem*”⁷⁴¹; “... *quolibet successore singulari. Necesse non est stare colono*”⁷⁴²), a Magna Glosa de ACÚRSIO (glosa *Locavit*, ad D.19,2,25,1: “*quia nec emptor, nec legatarius habent necesse stare colono*”)⁷⁴³ e o comentário de ODOFREDO ao Digesto Velho (“[“*prohibitus*”] *ab emptore quia non habet necesse*

⁷³⁶ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 52-53.

⁷³⁷ A *locatio ad longum tempus*, que seguia um regime oposto, será estudada, *infra*, II.1.1.1.5.

⁷³⁸ “*Idem in quolibet successore singulari*” – AZO, *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., ad C.4,65,9, p. 540.

⁷³⁹ *Codicis Iustiniani (...)* *Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1088.

⁷⁴⁰ *Lo Codi*, IV,69,26, p. 144.

⁷⁴¹ AZO, *In Ius Civile Summa*, cit., ad C. 4,65, n° 20, fl. 124 verso.

⁷⁴² AZO, *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., ad C.4,65,9, p. 540.

⁷⁴³ “*Nem o comprador nem o legatário têm de manter o arrendatário*”: *Codicis Iustiniani (...)* *Cum Commentaris Accursii (...)*, *Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, cit., col. 1837.

stare colono vel inquilino. ut [C.4.65,9]. is scilicet colonus vel inquilinus aget ex conducto)^{744 745}.

A figura geral do contrato a favor de terceiro não foi aceite pelos Glosadores, pese embora o seu acolhimento isolado por banda de MARTINHO, também aqui mais afastado do teor literal do *ius romanum* do que os restantes três *Doctores* que foram discípulos de IRNÉRIO⁷⁴⁶.

Assim, segundo GENIUS, os jurisconsultos da Escola de Bolonha entendiam que os *pacta* referidos em D.19,2,25,1 e C.4,659 tinham a finalidade de o comprador se obrigar ante o *venditor* a manter a detenção do locatário e não outorgavam ao último qualquer direito oponível ao *emptor*; logo, o comprador que não cumprisse o pacto só poderia ser responsabilizado pelo vendedor⁷⁴⁷. O Autor cita, nesse sentido, ACÚRSIO (“*tunc enim, si emptor colonum expellat, tenetur emptor venditori in eo quod venditor colono: non autem potest colonus resistere quo minus expellatur*”⁷⁴⁸ – se expulsasse o *colonus*, o comprador ficava obrigado para com o vendedor na mesma medida em que este respondesse perante o arrendatário; mas o *colonus* não podia resistir à expulsão) e ODOFREDO, que expunha – novamente no seu comentário ao Digesto Velho – que, se fossem vendidos o terreno ou a casa enquanto decorria o prazo da locação, deveria ser pactuado entre as partes da *emptio venditio* que o comprador manteria o arrendatário; se tal não ocorresse, o *colonus* ou o *inquilinus* podiam agir *ex conducto*, exigindo ao locador o *id quod interest*: “...*si quis locat tibi fundum vel domum (...) pendente locatione vendidit debet pacisci ut emptor stet colono vel inquilino: & si non facit & colonus vel inquilinus prohibeatur habebit actio ex conducto contra eum ad interesse*”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ ODOFREDO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Praelectiones (quae Lecturae appellantur)*, Lugduni, 1552 (*Lectura Super Digesto Veteri II*, “Opera Iuridica Rariora”, II.2, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968), ad D.19,2,25,1, fl. 118.

⁷⁴⁵ Também as *Siete Partidas* (5,8,19, ley epigrafada “*Como la cosa que es arrendada, o alogada, se puede vender a otro*”) seguiram o direito romano e a *interpretatio* bolonhesa: “*Aviendo arrendado algun ome, o alogado a otro, casa, o heredamiento, a tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprar, bien puede echar della al que la tiene alogada; mas el vendedor que gela logo, tenuto es, de tomarle tanta parte del loguero, quanto tiempo fincava que se devia della aprovechar (...)*”.

⁷⁴⁶ Cf., por exemplo, HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., pp. 36 e ss.. Não desenvolveremos a questão, dado que ela não teve relevo directo para a matéria de que curamos.

⁷⁴⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 55.

⁷⁴⁸ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., glosa *Emit*, col. 1089.

⁷⁴⁹ ODOFREDO, *Lectura Super Digesto Veteri II*, cit., ad D.19,2,25,1, fl. 118.

Podemos acrescentar as interpretações feitas por HUGOLINO e SIMON VICENTINUS (que em 1263 já falecera), como se depreende da leitura das glosas (manuscritas) *Parere* (“*Set et isto casu poterit eum expellere, set tenebitur ad interesse venditori et venditor conductori ut [D.19,2,33] H*”) ⁷⁵⁰ e *Emit* (“*Tunc si emptor colonum frui non patiat, tenebitur venditori actione ex vendito, ut [D.19,1,13,30]. Sy*”) ⁷⁵¹ a C.4,65,9 ⁷⁵².

A mesma solução constava de *Lo Codi*: “*set si talis fuit convencio inter eos quod ego deberem remanere, vel si nichil fuit dictum, bene possum cogere illum qui michi locavit, quod ipse faciat ita quod ego remaneam in domo, vel quod det michi interesse, id est emendet michi dampnum et proficuum quod ego haberem, si non perdidissem domum*” ⁷⁵³, ou seja, “*mas se entre eles [o vendedor e o comprador]* ⁷⁵⁴ *foi feita uma convenção segundo a qual eu devia permanecer, ou se nada foi dito, posso com sucesso constranger aquele que me arrendou a que ele próprio faça com que eu permaneça na casa, ou que me dê o interesse, isto é, me indemneze o dano e as vantagens que eu teria se não fosse despejado da casa*”.

Trata-se, porém, de um análise incompleta e que não espelha com rigor as várias opiniões que surgiram entre os Glosadores ⁷⁵⁵.

Advirta-se, primeiramente, que o referido texto da autoria de ODOFREDO não permite perscrutar a sua posição sobre os eventuais direitos adquiridos pelo arrendatário ao abrigo do *pactum*: a hipótese tratada era a de uma expulsão ocorrida quando o pacto não tivesse sido celebrado. Ao comentar noutra obra o que nos chegou através de C.4,65,9, ODOFREDO reiterava que “*... emptor non habet necesse stare colono cui ego primo locavi*” (“*o comprador não tem de manter o arrendatário a quem primeiro arrende*”), mas, seguidamente, formulava um desvio à regra: o comprador devia manter o *colonus* no *fundus* se fosse celebrada com o vendedor uma convenção em sentido

⁷⁵⁰ “*Mas neste caso poderei expulsá-lo, mas estarei obrigado a pagar o interesse do vendedor e o vendedor o do locatário nos termos de [D.19,2,33]*”.

⁷⁵¹ “*Então, se o comprador não tolera a fruição pelo arrendatário, estará obrigado perante o vendedor através da actio ex vendito, nos termos de [D.19,1,13,30]*”.

⁷⁵² Tais glosas são examinadas e transcritas por ELTJO SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete*”, in “*Das Römische Recht im Mittelalter*”, herausgegeben von ELTJO J. H. SCHRAGE, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987, pp. 293-294.

⁷⁵³ *Lo Codi*, IV,69,26, p. 145.

⁷⁵⁴ Esta passagem da *summa* provençal é escrita na primeira pessoa do singular, que se identifica com o arrendatário.

⁷⁵⁵ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 55, afirma que as fontes sobre a matéria são escassas, o que é discutível: mesmo aquelas que foram objecto de impressão oferecem um panorama menos estreito do que o indicado pelo Autor.

contrário, que vinculava as partes mesmo que não tivesse sido lavrada escritura (“*Nisi aliud convenit inter venditorem & emptorem. scilicet. ut colonus staret in fundo: que tunc conventio est servanda. etiam si inde scriptura facta non sit*”)⁷⁵⁶. Como o “*bonae fidei iudicio*” mencionado naquela constituição imperial se identificava, na interpretação do Mestre bolonhês, com as *actiones locati e conducti* (“*Textus bone fidei iudicio. scilicet. actione locati & conducti nam bone fidei actio est*”)⁷⁵⁷, conclui-se que reconhecia ao arrendatário um direito de demandar directamente o comprador (e vice-versa), através das acções que tutelavam o contrato de locação.

Ademais, após se referir a celebração de uma convenção entre o senhorio/vendedor e o comprador, no sentido de o último manter o arrendatário no prédio⁷⁵⁸, admitia-se em *Lo Codi* a possibilidade de o senhorio ceder ao arrendatário os direitos que para si resultavam da convenção: “*set si fuit inter eos talis convencio, ille qui vendidit potest eum cogere vel ego, si ipse donat michi drecturam quam habet, quod ipse non proiciat me de domo donec sit completum tempus*”⁷⁵⁹ (“*mas, se foi feita entre eles tal convenção, aquele que vendeu, ou eu, podemos constrangê-lo, se ele próprio [o senhorio] me dá os direitos que tem, para que ele próprio [o comprador] não me expulse da casa até que seja completado o tempo*”)⁷⁶⁰. Deste modo, o *conductor* a quem o senhorio cedia os direitos – designadamente, o direito a que o arrendatário não fosse expulso antecipadamente – podia demandar directamente o comprador, exigindo-lhe a sua permanência no prédio⁷⁶¹.

Apenas com estes exemplos se atestaria o expressivo contributo dado durante o início do renascimento do direito romano para que o arrendatário alcançasse uma protecção directa ante o sucessor a título singular. Mas, recorrendo a glosas manuscritas que interpretaram C.4,65,9, ELTJO SCHRAGE expôs com minúcia uma ainda maior diversidade de resultados apresentada com o mesmo objectivo pelos jurisconsultos da escola irneriana. Passamos a acompanhar, destarte, essa análise.

⁷⁵⁶ ODOFREDO, *Lectura Super Codice I*, cit., ad C.4,65,9, fl. 258.

⁷⁵⁷ ODOFREDO, *Lectura Super Codice I*, cit., ad C.4,65,9, fl. 258.

⁷⁵⁸ “...*tali conventione quod non proiceret me de domo donec deberem eam tenere*” – *Lo Codi*, IV,69,26, p. 144.

⁷⁵⁹ *Lo Codi*, IV,69,26, pp. 144-145.

⁷⁶⁰ O texto é prolixo e a repetição quase seguida do pronome “*ipse*” lança dúvidas relativamente a quem se refere. Mas a utilização do modo conjuntivo (“*ipse non proiciat*”) ajuda a destrinçar que era o senhorio quem cedia o direito, derivado da convenção, a que o comprador não expulsasse o arrendatário.

⁷⁶¹ Claro que tal tinha de ser entendido dentro dos limites da *condemnatio pecuniaria*.

ROGÉRIO, glosador dos finais do século XII⁷⁶², terá defendido que o acordo entre o vendedor e o comprador concedia ao arrendatário uma exceção (“*Numquid ergo si ea pactione habita inter dominum et emptorem emit, poterit uti colonus eius pacti exceptione? Ro: poterit*”)⁷⁶³. Numa perspectiva que nos parece semelhante, observava-se na Magna Glosa (na já referida glosa *Emit* a D.43,16,12) que “*Vel potest dici colonum habere exceptionem, licet non habeat actionem*”⁷⁶⁴. Era uma eficácia, embora mitigada, a favor de terceiro.

Na verdade, ROGÉRIO foi mais longe. O discípulo de BÚLGARO entendia que, se o comprador tivesse aceitado a renda, tinha celebrado tacitamente uma locação com o arrendatário; assim, se despejasse pela força o *conductor*, este poderia actuar contra si *ex conducto*: “*Quid ergo si expellatur ab emptore vi? Ro*⁷⁶⁵ *si postea quam accepit ab eo pensionem tacite videtur ei relocasse, aget colonus contra eum ex conducto*”⁷⁶⁶. É certo que a *actio conducti* apenas lhe permitiria obter uma indemnização por mero equivalente, mas inovava-se impressivamente perante o que dispunha o direito romano e germinava a tentativa, que seria continuamente renovada pela ciência do direito comum, de tornar a locação oponível ao sucessor a título singular do direito do locador.

E se o despejo ocorresse antes de uma aceitação da renda pelo comprador (“*Quid ergo si antequam acciperet?*”)⁷⁶⁷? Nesse caso, ROGÉRIO (não obstante reconhecer que terceiros não podiam intentar acções com fundamento no pacto) colocava a hipótese de uma *actio in factum* que auxiliasse o *conductor* devido à violência sofrida, algo que se fundamentava com a previsão de *actiones* semelhantes em vários textos romanos: “*Ex alterius pacto alter non adquiret actionem, forte actionem in factum, que in variis iuris articulis habet locum. Erit ei subveniendum propter vim illatam*”⁷⁶⁸. Tratava-se de um

⁷⁶² A sua obra teve divulgação em Portugal: datado de 1264, o testamento de D. Afonso Pais, Deão de Lamego, continha uma lista de livros da qual constava a referência a um exemplar da *Summa Codicis* de ROGÉRIO (“*Libri vero hii sunt: (...) Item Summa Rogerii que sic incipit «Cum multe essent partes iuris civilis» etc*”). Cf. ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média I*, in “*Lusitania Sacra*”, 7 (1964-1966), pp. 57 e ss..

⁷⁶³ SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes, Kauf bricht nicht Miete*, cit., p. 295.

⁷⁶⁴ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1089.

⁷⁶⁵ Ou seja, ROGÉRIO.

⁷⁶⁶ Cf. a já mencionada glosa, transcrita por SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes, Kauf bricht nicht Miete*, cit., p. 295.

⁷⁶⁷ Veja-se, de novo, a glosa citada por SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes, Kauf bricht nicht Miete*, cit., p. 295.

⁷⁶⁸ Transcreve-se ainda a glosa respigada por SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes, Kauf bricht nicht Miete*, cit., p. 295.

sucedâneo da tutela possessória (algo não era atribuído ao *colonus*: “*Interdictum unde vi non habet colonus*”⁷⁶⁹; no mesmo sentido depunha a Magna Glosa: “*Si ergo non tenetur stare, & cum expellat, non tenetur unde vi, aut [C.8,4,7]. & quia colonus non possidet civiliter vel naturaliter*”⁷⁷⁰), que reforçava uma clara preocupação de proteger o arrendatário⁷⁷¹ para além do que as disposições do *Corpus Iuris Civilis* previam.

Verificava-se, ainda, outra corrente, para a qual o *pactum* previsto na *constitutio* de Alexandre Severo consistia *ab initio* num contrato entre o comprador e o locatário. Assim depõe a glosa *Cogitur*: “*Intelligitur enim locatio nova inter eos contracta*” (“*entende-se, na verdade, que foi celebrada entre eles uma nova locação*”)⁷⁷². O fundamento do novo contrato de locação era o interesse do arrendatário na sua conclusão, como indica a glosa *Consensisse* (“*Idest colono. Hoc quia sua interest cum pactus fuerat colonus in perpetuum vel ad tempus*”)⁷⁷³. Vimos, aliás, que essa era a posição de ROGÉRIO, embora apenas se as *pensiones* tivessem sido tacitamente aceites pelo comprador (se não o tivessem sido, o meio processual à disposição do arrendatário contra o *emptor* seria a *actio in factum*).

Patente fica – numa nota de síntese – que foi logo nos séculos XII-XIII que se iniciou uma longa jornada em que o *ius commune* conviveu, com evidente desconforto, com uma regra cujos efeitos foi contornando. Já o adiantámos a propósito de ROGÉRIO: ao providenciar ao locatário uma posição jurídica oponível ao sucessor a título singular (através de expedientes como o *pactum* a favor de terceiro⁷⁷⁴, a cessão dos direitos convencionais ou, até, a interpretação dos textos no sentido de um contrato

⁷⁶⁹ SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes,, Kauf bricht nicht Miete*”, cit., p. 295 (continuamos a citar a mesma glosa).

⁷⁷⁰ Glosa *Colono ad C.4,65,9 (Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1089).

⁷⁷¹ SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes,, Kauf bricht nicht Miete*”, cit., pp. 294-295.

⁷⁷² Cf. SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes,, Kauf bricht nicht Miete*”, cit., p. 294.

⁷⁷³ Vide SCHRAGE, *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes,, Kauf bricht nicht Miete*”, cit., p. 294.

⁷⁷⁴ Presente também nas *Siete Partidas*, 5,8,19, onde, seguidamente à formulação da regra geral, se preceituava: “*Pero dos casos son, en que el arrendador de la cosa arrendada, non podría ser echado della, maguer se vendiesse. El primero es, si fizo pleyto con el vendedor, quando gela vendió, que non le pudiesse echar della al que la tuviesse logada, fasta que el tiempo fuesse cumplido a que la logo (...) Ca por qualquier destes casos non la podría enagenar, para poderle echar della al que la tenia logada, o arrendada; ante dezimos, que deve ser guardada la postura*”. Parece evidente, especialmente pela frase final da disposição, que se impunha ao adquirente a manutenção do arrendamento. Neste sentido, cf. a interpretação de GREGÓRIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Quinta, cit., glosa *Guardada la postura*, p. 108: “*Vult ergo, quod tunc praecise teneatur stare colono, neque sufficeret, si offerat interesse...*” (“[s]ignifica, deste modo, que está obrigado a manter o arrendatário, não sendo suficiente oferecer indemnização por danos”).

de arrendamento entre o adquirente e o arrendatário), os Glosadores estiveram na génese da tarefa de gradualmente reduzir o alcance deste legado do *ius romanum* e, assim, deram o mote de uma tendência que, como se verá, o tempo acentuou.

Se a transmissão do direito do locador dependesse da *traditio* da *res*, colocava-se o problema de o locatário a impedir⁷⁷⁵, embora a paulatina elaboração dogmática em torno da figura da *traditio ficta* (que dispensava um acto material sobre a coisa) certamente diminuísse as hipóteses de tal suceder⁷⁷⁶.

Os Glosadores definiram a expulsão do arrendatário pelo comprador, antes da transferência da propriedade, como a hipótese de aplicação de D.43,16,12 e D.43,16,18 pr.: ao impedir a *traditio*, o *conductor* tornara-se possuidor (invertendo o título da posse) e, por isso, podia exercer contra o *emptor* (que não chegara a adquirir a posse) o *interdictum unde vi* e a *condictio ex lege* C.8,4,7, ainda que a expulsão tivesse sido autorizada pelo locador/vendedor⁷⁷⁷.

Tal resultava da *Summa* de AZO (“... *mandato* [locatoris] *non liceret domino eum repellere, scilicet, cui vendidisset: sed nondum tradisset locator*”⁷⁷⁸, isto é, o mandato do locador no sentido de o comprador expulsar o locatário não legitimava a expulsão porque ainda não se verificara a *traditio*), do trabalho de ROFREDO (“... *interdictum unde vi, non datur neque colono neque inquilino nisi possessionem interversa* [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]”⁷⁷⁹, do comentário de ODOFREDO ao Digesto Novo (“... *colonus quo usque possessione non intervertit, non possidet, sed detinet: sed*

⁷⁷⁵ Cf. a exposição de GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 53-55.

⁷⁷⁶ É uma advertência que também vale para o que se apresenta a propósito das outras correntes doutrinárias do *ius commune*: obviamente que um afrouxamento da necessidade de entrega da *res* para se efectuar a transferência da propriedade teve como efeito a diminuição do número de situações em que o arrendatário podia impedir que o sucessor a título singular se tornasse proprietário (GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 53-54).

Esta é uma matéria cuja análise se revela extensa e complexa e que foi monograficamente estudada em finais do século XIX por JOHANNES BIERMANN, *Traditio Ficta. Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht, auf geschichtlicher Grundlage*, Verlag von Ferdinand Enke, Estugarda, 1891, e, volvidas oito décadas, por WILLIAM GORDON, numa obra que já citámos (*Studies in the Transfer of Property by Traditio*). Atendendo, porém, ao que se pretende com este trabalho, não se afigura indispensável saber até que ponto uma aceitação mais lata da *traditio ficta* tornou menos relevantes os textos contantes de D.43,16,12 e D.43,16,18 pr.. Interessa-nos, sim, o tratamento que a tradição romanista lhes dedicou. Ora, como se verá, eles continuaram a ser examinados (embora sob perspectivas e com profundidades variáveis) não como meras antiguidades, mas na qualidade de normas que compunham um sistema jurídico vigente, ainda que a título subsidiário – cf., aliás, o que escreve GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 80, a propósito da Escola dos Comentadores.

⁷⁷⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 54.

⁷⁷⁸ AZO, *In Ius Civile Summa*, cit., ad C. 4,65, n° 20, fl. 124 verso. Na edição que consultámos refere-se um “*mandato conductoris*”, mas trata-se de manifesto lapso (corrigido, aliás, por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 54, nota 76).

⁷⁷⁹ Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis, cit., Pars II, *De interdicto quod vi aut clam*, n° 11, p. 86: o arrendatário não podia exercer o *interdictum unde vi*, excepto se invertesse a posse nos termos de D.43,16,12 e D.43,16,18 pr..

*ex quo intervertit, possidet: unde vi deijcitur, datur ei hoc interdictum*⁷⁸⁰: o arrendatário que não invertia o título da posse era um mero detentor, mas, se o inverteu, já possuía e, por isso, era-lhe concedido o *interdictum unde vi* se fosse esbulhado pela força) ou da Glosa de ACÚRSIO, mais concretamente das glosas *Competiturum* a D.43,16,12 (“[*interdictum unde vi competiturum*] *Contra eum qui vi deiecit colonum*”)⁷⁸¹ e *Earumdem rerum* a C.8,4,7: “*Quaero igitur (...) Si invado rem quam commodavi, vel locavi, vel deposui? Respondeo non teneor, cum nemine possessione privare voluerim (...) nisi constituerint sibi possidere: & sic interverterint possessionem: quo casu ipsi mihi tenentur & si postea ego invadam, & ego teneor illis, secundum Io. Sed si extraneus eos expellat, qui solam habent detentationem, videtur teneri eum mihi (...) Nec obstat [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.], ubi colono datur: qui iam interverterat*”⁷⁸² (“*Pergunto, deste modo (...) Se invado a coisa que dei em comodato, locação ou depósito? Respondo que não estou obrigado [pela constitutio em causa] porque não quis privar ninguém da posse. A menos que passem a possuir por si e assim invertam o título da posse, caso em que estão obrigados [por C.8,4,7] perante mim, ou então estou obrigado perante eles se for eu que invado, o que é a opinião de JOÃO BASSIANO. Mas se um estranho expulsar o comodatário, o locatário ou o depositário, que só têm a detenção, parece que aquele estranho está obrigado perante mim (...) Não obstat [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.], à luz dos quais se dá [a protecção de C.8,4,7] ao arrendatário que já inverteu o título da posse*”).

A *intersersio possessionis* efectuada pelo arrendatário constituía um esbulho da posse do senhorio, reconhecendo-se ao último o direito de reagir, como acabámos de observar na glosa *Earumdem rerum* a C.8,4,7 (“... & sic interverterint possessionem: quo casu ipsi mihi tenentur ...”) e era exposto na Magna Glosa a propósito do *casus* de D.43,16,12: “... *quo habeo interdictum unde vi contra colonum ob hoc quod non admisit emptorem, quasi per hoc me deiecissee videatur...*”⁷⁸³ (“*tenho o interdictum unde vi contra o arrendatário porque ele não admitiu o comprador, algo que é visto como se ele me tivesse esbulhado*”).

⁷⁸⁰ ODOFREDO, *Lectura Super Digesto Novo*, cit., ad D.43,16,12, fl. 101.

⁷⁸¹ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 689.

⁷⁸² *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., cols. 2059-2060.

⁷⁸³ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 689.

Tal reacção teria de ser imediata (“*incontinenti*”) para se admitir a sua efectivação através da autotutela; se fosse diferida (“*ex intervallo*”), o locador deveria recorrer aos meios de tutela possessória, designadamente o *interdictum unde vi* e a *condictio* prevista na constituição contida em C.8,4,7⁷⁸⁴. Embora o senhorio pudesse, em geral, expulsar o *conductor* pela força, o fundamento da distinção residia na aquisição da *possessio* (ainda que *iniusta*) pelo arrendatário: já não estava em jogo o despejo de um mero detentor, mas atalhar uma aquisição da posse. Verificada esta, e uma vez que passara a oportunidade de o locador a impedir, restavam-lhe as vias da tutela pública⁷⁸⁵.

É possível invocar, neste sentido, PLACENTINO⁷⁸⁶, AZO (“*Si tamen conductor interverteret possessionem, non liceret domino eum repellere, nisi incontinenti*”: se o arrendatário invertia a posse, não era lícito ao proprietário expulsá-lo, a não ser que o fizesse de imediato)⁷⁸⁷ e a Glosa de ACÚRSIO, na qual se podem examinar as glosas *Neque enim* (“*vere enim venditori competit interdictum, quia adhuc possidebat tempore quo colonus non admisit emptorem*”: “na verdade, compete o *interdictum* ao vendedor porque este ainda possui no momento em que o arrendatário não admite o comprador”)⁷⁸⁸, *Postea* (“*ex intervallo. secus si incontinenti: quia sicut domino licet per se incontinenti recuperare possessionem*”: era lícito ao proprietário recuperar por si próprio a posse se o fizesse imediatamente, mas tal não valia para uma reacção diferida)⁷⁸⁹ e *Non enim* (“*ideo dico venditori contra colonum competere interdictum: quia non ab ipso, scilicet emptore*”: era ao vendedor que competia o *interdictum* contra o arrendatário, não ao comprador)⁷⁹⁰ a D.43,16,18 pr., bem como, novamente, a glosa *Earumdem rerum* a C.8,4,7 (como vimos, podia ser demandado através da *condictio ex*

⁷⁸⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 54-55.

⁷⁸⁵ Neste sentido, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 49, especialmente a nota 27.

⁷⁸⁶ Na sua *Summa Codicis*, citada por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 54, nota 78: “... *nam si pro suo coeperit interversa possessione possidere, non nisi iudicis debeat expelli autoritate: hocque ex eo probatur, quia tunc si colonus deiiciatur, interdicto unde vi experitur contra dominum...*” (“Se começar a possuir por si por força de uma inversão do título da posse, não deve ser expulso a não ser pela autoridade judicial, o que se demonstra por o arrendatário expulso recorrer ao *interdictum unde vi* contra o proprietário”).

⁷⁸⁷ AZO, *In Ius Civile Summa*, cit., ad C. 4,65, n° 20, fl. 124 verso.

⁷⁸⁸ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 691.

⁷⁸⁹ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 691.

⁷⁹⁰ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 691.

C.8,4,7 o locador que, ao invés de recorrer aos meios de tutela pública. invadia o prédio após a *interversio possessionis*: “... *si postea ego invadam, & ego teneor illis...*”⁷⁹¹.

O senhorio apenas não poderia exercer o *interdictum unde vi* se o arrendatário tivesse uma justa causa de retenção do imóvel⁷⁹², como estabelecia a parte final de D.43,16,12 e era repetido na Magna Glosa (“... *habeo interdictum unde vi contra colonum (...)* nisi iustam causam retinendi habeat”)⁷⁹³.

São múltiplos os vestígios de que, para os Glosadores, as despesas feitas pelo arrendatário com a conservação da *res* preenchiam o conceito de justa causa⁷⁹⁴. Apontam-se o comentário de ODOFREDO ao Digesto Novo (“...*videtur me deiicere, nisi faciat iusta causa et probabili, ut propter sumptos necessarios*”)⁷⁹⁵ e a Glosa de ACÚRSIO, quer a propósito do *casus* de D.43,16,12 (“...*nisi iustam causam retinendi habeat: puta impensarum*”)⁷⁹⁶, quer nas glosas *Propter iustam* ao mesmo fragmento (“*expensarum forte*”)⁷⁹⁷, *Non reddendi* a D.41,2,20 (“*ut propter impensas*”)⁷⁹⁸ e *Allegatio* a C.8,4,10 (“*Sed quae allegatio potest ei competere ut resistat? Dic ergo quod (...)* fecit expensas utiles vel necessarias in re...”)⁷⁹⁹.

Segundo a já citada glosa *Propter iustam*, também era *iusta et probabilis causa* a ignorância pelo arrendatário de que o *dominus* queria vender, ou já tinha vendido, o prédio⁸⁰⁰: “*vel ignorantiae; quia ignorabat dominum hoc velle, vel illi vendidisse*”⁸⁰¹ (interpretação coincidente, aliás, com a que consta da primeira parte do escólio 6 a BAS. 60,17,18).

Mas a existência do próprio contrato de arrendamento constituiria uma justa causa? As fontes que consultámos não permitem, em regra, essa conclusão, surgindo isolada em sentido afirmativo a glosa *Allegatio* a C.8,4,10: “*Sed quae allegatio potest ei*

⁷⁹¹ *Codicis Iustiniani (...)* *Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 2060.

⁷⁹² GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 55.

⁷⁹³ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., ad D.43.16.12, *casus*, col. 689.

⁷⁹⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 49.

⁷⁹⁵ ODOFREDO, *Lectura Super Digesto Novo*, cit., ad D.43,16,12, fl. 101.

⁷⁹⁶ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 689.

⁷⁹⁷ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 689.

⁷⁹⁸ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 429.

⁷⁹⁹ *Codicis Iustiniani (...)* *Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 2063.

⁸⁰⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 49, nota 30.

⁸⁰¹ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., ad D.43.16.12, col. 689.

*competere ut resistat? Dic ergo quod tempus conductionis non erat finitum*⁸⁰². Tal demonstra, porém, que não era inexistente uma exegese semelhante à contida na segunda parte do escólio 6 a BAS. 60,17,18 (“*Vel si nondum impleta fuerint tempora locationis*”).

1.1.1.5 – A construção dogmática da *locatio ad longum tempus*

Ao trabalharem os textos justinianeus, compilados há mais de cinco séculos, os legistas viram-se rodeados por uma realidade social muito diferente daquela em que o seu objecto de estudo tinha sido elaborado. O sistema socioeconómico feudal e as próprias concepções subjacentes à posse e uso fundiários não coincidiam, em larga medida, com o equilíbrio de interesses que a *locatio conductio* romana desenhara enquanto instituto puramente obrigacional⁸⁰³. Dotada de natureza jurídica real, a *locatio ad longum tempus* foi uma resposta que os juristas medievais encontraram para conciliar o direito mais perfeito que se começava a analisar em larga escala e o contexto em que ele teria aplicação.

De acordo com o *ius romanum*, eram modos de constituição do direito de superfície os contratos de locação e de compra e venda; deste modo, o titular da *superficies* tinha à sua disposição, como meios de tutela face ao proprietário do solo, respectivamente, a *actio conducti* ou a *actio empti*, o que promanava de D.43,18,1,1: “*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest*”⁸⁰⁴.

Se a locação que constituía a superfície fosse concluída “*ad tempus*”, era negada a concessão da defesa processual *in rem*, quedando-se a tutela pelas acções

⁸⁰² *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 2063. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 49, especialmente a nota 29.

⁸⁰³ São essenciais, a propósito, as reflexões de PAOLO GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus – Locazione e Rapporti Reali di Godimento nella Problematica del Diritto Comune*, Morano Editore, Nápoles, 1963, pp. 43 e ss., sobre o desaparecimento da *locatio conductio* como instrumento de concessão do uso da terra na alta Idade Média, período marcado por formas de aproveitamento fundiário que, para satisfação de necessidades sociais prementes, garantiram aos agricultores o cultivo durante um longo período ou mesmo em perpetuidade. Entre nós, chamando a atenção para o movimento de conquista da propriedade pelo trabalho, com uma maior firmeza da posição do concessionário face ao senhorio (presente, por exemplo, nos contratos de tipo enfitêutico e na complantação), MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A Complantação no Direito Português – Notas Para o Seu Estudo*, in BFDUC, 1958, pp. 93 e ss., especialmente pp. 94-95, e *Os Contratos Agrários e a Vida Económica em Portugal na Idade Média*, in BFDUC, 1979, pp. 111 e ss., especialmente pp. 113-118.

⁸⁰⁴ Cf., numa primeira análise, por exemplo, GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 78, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 456, VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 324, D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 566, BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Superfície no Direito Romano*, cit., pp. 303-306, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 212.

emergentes do contrato e pelo *interdictum de superficiebus* (D.43,18,1 pr.⁸⁰⁵); já se fosse celebrada “*non ad modicum tempus*”, o direito do superficiário seria tutelado por uma *actio in rem*, conforme se dispunha em D.43,18,1,3 (“*Quod ait praetor "si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo", sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*”)⁸⁰⁶.

É evidente que se queria afastar uma tutela de cariz real de situações que não tinham um lastro temporal suficiente para permitir a construção de um edifício⁸⁰⁷, ou seja, nas palavras de BRAGA DA CRUZ, “... é necessário que exista uma *causae cognitio*, isto é, que possa averiguar-se, dos termos do contrato-base, que houve a intenção de criar um direito de superfície e não apenas a intenção de realizar um arrendamento vulgar, de efeitos meramente pessoais e transitórios”⁸⁰⁸. Por outro lado, não era a locação, celebrada ou não “*ad tempus*”, que tinha a natureza de *ius in re*, mas sim o direito de superfície derivado de um contrato locatício concluído “*non ad modicum tempus*”⁸⁰⁹.

Todavia, uma passagem da *Summa Trecensis*⁸¹⁰, a propósito do *interdictum unde vi*, daria um sentido totalmente diverso à figura da locação “*non ad modicum tempus*”⁸¹¹. Depois de, como se observou⁸¹², ter negado a concessão do interdito aos meros intermediários (como o *colonus*), a *Summa* apresentava a solução contrária se as vítimas do esbulho fossem o usufrutuário, o superficiário ou “*ei qui non ad modicum tempus conduxit*”, que tinham uma causa perpétua: “*Deiecto competitit. deicitur enim*

⁸⁰⁵ “*Ait praetor: "Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo"*”.

⁸⁰⁶ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 79, KASER; *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 456; VOCI, *Istituzioni*, cit., pp. 324-325; BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Superfície no Direito Romano*, cit., pp. 312 e ss..

⁸⁰⁷ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 79.

⁸⁰⁸ BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Superfície no Direito Romano*, cit., p. 313.

⁸⁰⁹ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 85-86 e, claramente no mesmo sentido, o já transcrito excerto da autoria de BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Superfície no Direito Romano*, cit., p. 313.

⁸¹⁰ Obra que constitui a mais antiga *summa* ao *Codex*. Sobre a *Summa Trecensis* e as dúvidas sobre a identidade do seu Autor (na edição que usamos, devida a FITTING, a obra é atribuída a IRNÉRIO, mas trata-se de opinião muito discutida, existindo forte corrente que indica o nome de ROGÉRIO, iniciada por HERMANN KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of the Twelfth Century*, edited with the colaberation of WILLIAM WARWICK BUCKLAND, University Press, Cambridge, 1938, pp. 145 e ss.; não faltam, ainda, outras hipóteses, como a do francês GÉRAUD, aventada por ANDRÉ GOURON, *L'Auteur et la Patrie de la Summa Trecensis*, in “*Ius Commune*”, 1984, pp. 1-38), cf., além destes elementos, as indicações de LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter, Band I: Die Glossatoren*, cit., pp. 402-407.

⁸¹¹ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 82 e ss..

⁸¹² *Supra*, II.1.1.1.2.

*qui possidet, sive naturalite sive civiliter, sive per se sive per alium. ei vero qui ministerium suum alteri prestat non datur, ut colono. fructuario item superficiario et ei qui non ad modicum tempus conduxit, cum perpetuam causam habeat, denegandum non est. similiter ei qui clam ver precario possidet datur*⁸¹³.

As restantes situações elencadas pela *Summa* não constituíam novidade para o direito justiniano, que já lhes outorgava a tutela possessória. Mas era uma originalidade que o *conductor ad non modicum tempus* pudesse exercer o *interdictum*, para mais sem qualquer ligação ao direito de superfície. Tendo-se mencionado previamente o superficiário, parece óbvio que o locatário *ad non modicum tempus* surgia agora, no texto medieval, como um titular autónomo da defesa interdital apenas porque tinha essa qualidade⁸¹⁴.

A uma possível objecção de que a “*perpetua causa*” reconhecida ao *conductor ad non modicum tempus* se referia às locações perpétuas já conhecidas do direito romano, GROSSI⁸¹⁵ contrapõe que se tratava de uma expressão com sentido técnico preciso, que caracterizava um elemento de continuidade no exercício do direito e que surgia em D.8,2,28, a propósito das servidões prediais (“*Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*”)⁸¹⁶. Ou seja, o “*non modicum tempus*” era considerado pela *Summa* como um sinónimo de permanência do qual resultavam importantes efeitos, *maxime* a atribuição de tutela possessória ao *conductor*⁸¹⁷.

Não houve reflexos imediatos desta interpretação: ela foi ignorada durante o século XII⁸¹⁸. Contudo, nos primórdios da centúria de duzentos, um dos principais representantes da Escola dos Glosadores – AZO – tratará a *locatio ad longum tempus* como instituto com especificidades que o distinguiam da vulgar *locatio*, fazendo-o não

⁸¹³ *Summa Trecensis*, VIII,4,3 – *Unde Vi*, p. 265.

⁸¹⁴ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 86.

⁸¹⁵ *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 88-89.

⁸¹⁶ D.8,2,28: “*Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet*”. Sobre o requisito de as servidões satisfazerem “*uma necessidade permanente e não transitória (embora possa ser intermitente) do fundus dominante: servitus perpetua causa esse debet*”, vide SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 175.

⁸¹⁷ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 89.

⁸¹⁸ Veja-se o que expõem GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 89-92, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 50-51.

apenas a propósito da defesa da posse (como a *Summa Trecensis*), mas também ao analisar o contrato de locação⁸¹⁹.

O jurista bolonhês equiparava o *conductor ad non modicum tempus* ao locatário a título perpétuo: ambos não podiam ser expulsos impunemente porque tinham um direito real e a posse natural (“*Colonus autem perpetuus, vel qui conduxit ad non modicum tempus, non potest impune expelli: cum habeat ius in re, & naturalem possessionem...*”)⁸²⁰. Invocavam-se, como arrimo, D.6,3,1-2 (textos relativos à locação dos *agri vectigales*), D.43,18,1,1 (direito de superfície) e D.11,62,14 (que surgia no âmbito do título “*De fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus*”).

Noutra passagem, AZO comparava o arrendatário que não arrendara “*ad modicum tempus*” ao usufrutuário, ao enfiteuta e ao vassalo, que eram titulares de um direito real e como tal possuíam; assim, tinha à sua disposição uma *rei vindicatio utilis*, do mesmo modo que a tinha o enfiteuta: “*Fructuarius vero, vel emphyteuta, aut vasallus naturalem habet possessionem (...)* Sibi enim possiderent ratione iuris, quod habet ius in re. Et idem dico in colono, si conduxit ad non modicum tempus, cum & habeat utilem rei vindicationem, sicut & emphyteuta”⁸²¹.

O *conductor ad modicum tempus*, pelo contrário, não era possuidor, pois possuía em nome de outrem: “*Si autem conduxerit ad modicum tempus, alieno nomine possidet: & ideo nullam habet possessionem*”⁸²².

Em suma, ao locatário *ad non modicum tempus* era conferido um direito real autonomizado do direito de superfície e que era tutelado pela *rei vindicatio utilis* e pelos *interdicta* – o que constituía uma verdadeira revolução conceitual e de regime jurídico, bem distante do que decorria da intencionalidade dos textos romanos. Munido desse estatuto reforçado, o *conductor ad longum tempus* podia resistir às tentativas de despejo antecipado pelo sucessor a título singular: “*Necesse non est stare colono. Et hoc cum ad tempus conduxit. secus si in perpetuum ut [D.6,3,1-2] si vero ad longum tempus id est x. vel xx. anos potest resistere. habet enim utilem rei vindicationem ut [D.43,18,1] &*

⁸¹⁹ Acompanharemos GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 92-94. Ver, também, ED. MEYNIAL, *Notes Sur la Formation de la Théorie du Domaine Divisé (Domaine Direct et Domaine Utile) du XIIIe au XIVe siècle dans les Romanistes: Etude de Dogmatique Juridique*, in “*Mélanges Fitting*”, vol. II, Société Anonyme de L’Imprimerie Générale du Midi, Montpellier, 1908, p. 422.

⁸²⁰ AZO, *In Ius Civile Summa*, cit., ad C.4,65, n° 21, fl. 124 verso.

⁸²¹ AZO, *In Ius Civile Summa*, cit., ad C.7,32, n° 16, fl. 199 verso.

⁸²² AZO, *In Ius Civile Summa*, cit., ad C.7,32, n° 18, fl. 199 verso.

*intellige quando privatu locavit*⁸²³ (“[n]ão é obrigado a manter o arrendatário. E isto quando toma em locação temporariamente. Diferentemente, [o arrendatário] pode resistir se for perpétuo ou por longo tempo. Na verdade, tem a reivindicação útil e assim é entendido quando um privado conceder em locação”).

Como é lógico, essa resistência também podia ser oposta ao próprio senhorio: recorde-se que a justificação apresentada pelo Mestre de ACÚRSIO para a mera responsabilização *ex conducto* do locador por um despejo antecipado era a de que o locatário não tinha um direito sobre a coisa, nem sequer a posse⁸²⁴. Ora, tal pressuposto não se verificava quando a *locatio* era *ad longum tempus*⁸²⁵.

Diferentemente da *Summa Trecensis*, AZO concretizava o que seria um “*longum tempus*”: dez ou vinte anos (“...*vero ad longum tempus id est x. vel xx. annos*”)⁸²⁶. Tornava-se evidente o esforço de sistematização dos textos romanos a que se dedicaram os Glosadores⁸²⁷, com o aproveitamento do prazo da *longi temporis praescriptio* (C.7,33: “*De praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum*”)⁸²⁸.

Segundo ROFREDO DE BENEVENTO⁸²⁹, para ser concedida a *rei vindicatio utilis* ao superficiário deviam estar preenchidos vários requisitos, entre eles a celebração prévia de uma locação *ad non modicum tempus* da *res*: “*Ad hoc autem ut ista actio competat tot sunt necessaria. Primum, quod contractus locationis praecesserit, ut [D.43,18,1,1] (...) Secundum, quod rem conduxit ad non modicum tempus, ut [D.43,18,1,3] quod tempus non modicum accipio forte usque ad decem annos, ut argumentum [C.7,33,12⁸³⁰] vel etiam quinquennium. ut argumentum [D.42,6,1,13⁸³¹]. si enim usque ad annum conducat, secus est, cum non habeat ius in re; quia nec mortuo domino, nec vivo possidet*”⁸³².

⁸²³ AZO, *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., ad C.4,65,9, p. 540. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 55.

⁸²⁴ AZO, *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., ad C.4,65,3, n° 2, p. 538: “*si vero expellat eum dominus praeter assignatas causas, non poterit agere unde vi, nec habebit locum constitutio [C.8,4,7] cum inquilinus vel tales personae nullum habeant ius, nec habent civilem vel naturalem possessionem: sed aget ex locato*”.

⁸²⁵ Veja-se, neste sentido, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 51.

⁸²⁶ AZO, *Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, cit., ad C.4,65,9, p. 540.

⁸²⁷ Por todos, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 242.

⁸²⁸ HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Verlag C. H. Beck, Munique, p. 370.

⁸²⁹ Sobre o contributo deste processualista medieval, cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 94-97.

⁸³⁰ Constituição inserida no título “*De praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum*”.

⁸³¹ “*Quod dicitur post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur*”.

⁸³² ROFREDO, *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, cit., Pars I, *De utili rei vindicatione quae superficiario datur*, n° 1, p. 28.

Do excerto infere-se que o eminente Glosador estabeleceu uma clara fronteira entre a locação *ad non modicum tempus* (que originava a favor do locatário um direito real) e aquela que não se revestia de tal característica (celebrada, *exempli gratia*, por um ano), à luz da qual o *conductor* “*non habe[a]t ius in re*” e não possuía. Como concretização do *longum tempus* propunha-se, mais uma vez com apoio em argumentos de índole sistemática, dez (prazo mínimo da *longi temporis praescriptio*) ou cinco anos (período considerado em D.42,6,1,13 como “*multum temporis*”).

Mas ROFREDO ia mais longe e considerava, já fora do estudo do direito de superfície, que o *conductor ad non modicum tempus* era titular do domínio útil do prédio⁸³³. Com efeito, a propósito do *interdictum de loco publico fruendo* (D.43,9,1)⁸³⁴, o Autor afirmava: “... *si conduxit ad non modicum tempus, ille qui conduxit, habet ius in re, & est utiliter dominus, ut* [D.6,3; D.43,18,1]”⁸³⁵.

Como decorria das citações de D.6,3⁸³⁶ e D.43,18,1 por ROFREDO, aplicavam-se os regimes da locação dos *agri vectigales*, que era tutelada por uma *actio in rem* (a

⁸³³ Sobre a divisão do *dominium*, pelos Glosadores, em domínio directo (pertencente ao senhorio) e domínio útil (cujo titulares eram, nomeadamente, os concessionários do prédio que gozavam de uma tutela *utilis* de carácter real, como o enfiteuta, o superficiário e o vassalo) e o desenvolvimento da teoria pela Escola dos Comentadores, cf., v.g., MEYNIAL, *Notes Sur la Formation de la Théorie du Domaine Divisé*, cit., pp. 411 e ss., EMILIO BUSSI, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Diritti Reali e Diritti di Obbligazione)*, Cedam, Pádua, 1937, pp. 13 e ss., HELMUT COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, in SZR, 1953, pp. 348 e ss., ROBERT FEENSTRA, *Les Origines du Dominium Utile Chez les Glossateurs (Avec un Appendice Concernant L'Opinion des Ultramontani)*, in “Flores Legum H. J. Scheltema, Antecessori Groningano, Oblati”, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1971 (republicado in “Fata Iuris Romani – Études D’ Histoire du Droit”, Presse Universitaire de Leyde, Leiden, 1974), pp. 49 e ss., e HERMANN LANGE/MAXIMILIANE KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2007, pp. 925 e ss.. Da consulta destes elementos conclui-se que são notórios os desencontros de opiniões e as interrogações a propósito da génese de tal repartição da propriedade, mas surge fora de dúvida a atribuição da respectiva paternidade à *interpretatio* medieval.

⁸³⁴ “*pr. Praetor ait: "Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto". 1. Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit. 2. Sed si simul veniant ad interdictum movendum ipse qui conduxerit et socius eius, magis est, ut ipse conductor praeferatur. 3. Ait praetor "Quo minus e lege locationis frui liceat". Merito ait "e lege locationis": ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat*”. Do fragmento resulta que o *interdictum* era concedido ao locatário de “*vectigalia publica*”, permitindo-lhe a sua recuperação ou impedir perturbações. Em causa estavam interesses de utilidade pública (“*publicae utilitatis causa*”, como se refere no segundo parágrafo). Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 81-82.

Sobre a locação de *agri vectigales*,

⁸³⁵ ROFREDO, *Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudicarii Ordinis*, cit., Pars I, *De interdicto de loco publico fruendo*, nº 4, p. 67.

⁸³⁶ D.6,3,1 (“*pr. Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. 1. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes*”); D.6,3,2 (“*Ita tamen si vectigal*

“*in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipales*” de D.6,3,1,1), e da superfície. A atribuição do domínio útil acabava por mais não ser do que uma consequência do passo já anteriormente dado (v.g., por AZO) de qualificar o direito do *conductor ad non modicum tempus* como um *ius in re*, semelhante ao do locatário perpétuo e do enfiteuta, a quem o domínio útil também foi reconhecido pela doutrina da Idade Média⁸³⁷.

O comentário de ODOFREDO ao Digesto Velho (*ad D.6,3*) mostrava a paulatina aceitação do instituto criado pela *Summa Trecensis*, outorgando-se ao arrendatário *ad non modicum tempus* (aquele que tomara de arrendamento por dez ou vinte anos) uma protecção *erga omnes* plasmada na *rei vindicatio* útil: “...*idem intelligatis in ei qui conducit fundum ad non modicum tempus ad x. vel xx. annos habet utilem reivindicacionem contra omnem ominem*”⁸³⁸.

Na Glosa de ACÚRSIO (que marcou o encerramento de um ciclo)⁸³⁹ surgiam múltiplas referências à *locatio ad longum tempus*, já perfeitamente consolidada na ciência do direito como contrato gerador de um direito real⁸⁴⁰.

Podem ser consultadas, neste sentido, as glosas *Dominium* a D.13,6,5,15 (“*Sibi enim possidente ratione iuris, quod habet in re. & idem in eo colono, qui conduxit ad non modicum tempus: quia naturaliter possidet: ut [D.6,3,1] & infra [D.43,18,1,3]. Secus si a modicum tempus: quia ille nullo modo possidet...*”)⁸⁴¹ e *Actio* a D.43,18,1

solvant”). O regime dos dois anteriores fragmentos era estendido por D.6,3,3 às situações em que a locação tinha sido celebrada com prazo determinado (“*Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit*”), que não terminava com o decurso desse prazo.

Os *agri vectigales* eram *fundi* pertencentes aos municípios. Parece ter-se suscitado a dúvida se a sua concessão seria uma locação ou uma venda, mas segundo GAIUS 3,145 prevaleceu o primeiro entendimento (“*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse*”) e, como também decorre do texto, tal locação podia ser concedida em perpetuidade.

Criada a enfiteuse pelo Imperador Zenão (C.4,66,1), o novo instituto acabaria por se fundir no direito justiniano com a locação de *agri vectigales*. Cf., por exemplo, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 207-209, VIEIRA CURA, *Mora Debitoris*, cit., pp. 138-139, notas 240-241, e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. pp. 358-359.

⁸³⁷ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 97.

⁸³⁸ ODOFREDO, *Lectura Super Digesto Veteri I*, Lugduni, 1550 (“*Opera Iuridica Rariora*”, II.1, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1967) *ad D.6,3*, fl. 248.

⁸³⁹ ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 244.

⁸⁴⁰ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 97-98, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 51.

⁸⁴¹ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, cit., col. 1382: o arrendatário *ad non modicum tempus* era possuidor natural; diferentemente, se fosse *ad modicum tempus*, não possuía.

(“*Item quaero an conductio alia quae sit ad non modicum tempus, praebeat aliquod ius in re? Respondeo non, si fiat a privato; secus si a municipibus: ut supra [D.43,9]”*)⁸⁴², bem como as alusões ao *conductor ad non modicum tempus* presentes nas glosas *Superficiem* a D.43,18,1⁸⁴³, *Conduxit* a D.43,9,1⁸⁴⁴ e *Novissime* a D.41,2,10 pr.⁸⁴⁵.

Refira-se, também, que a Glosa Ordinária aos *Libri Feudorum* – coligida juntamente com a Glosa de ACÚRSIO ao *Corpus Iuris Civilis*⁸⁴⁶ – reconhecia ao *conductor ad non modicum tempus* (equiparado ao locatário perpétuo) o exercício da *rei vindicatio utilis* enquanto decorresse o prazo contratual⁸⁴⁷: “... *competat rei vindicatio utilis, qui perpetuo, vel ad non modicum tempus conduxit: dum tamen tempus non sit finitum*”⁸⁴⁸.

A glosa *Colono* a C.4,65,9 retirava da novel figura aquela que talvez fosse a sua mais importante ilação prática: o adquirente a título singular do direito do locador não tinha o direito de despejar o locatário *ad non modicum tempus*, que, para se defender, poderia lançar mão dos meios possessórios por via de acção e de excepção (“*Item non sic in eo, qui conduxit ad non modicum tempus qui habet actionem si a possessione*”).

⁸⁴² *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 703. Segundo esta glosa, o locatário *a non modicum tempus* apenas teria um direito real no âmbito das locações públicas.

⁸⁴³ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 701.

⁸⁴⁴ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 659.

⁸⁴⁵ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii*, cit., col. 420.

⁸⁴⁶ Sobre os *Libri Feudorum*, recolha de direito feudal lombardo datada do século XII e que se tornou uma componente fundamental do *ius commune* europeu, ao ponto de sobre ela terem recaído importantes elaborações doutrinárias (de que foi pioneiro PILLIO) e de passar a acompanhar os textos do direito romano na Magna Glosa (a seguir ao *Autêntico*), cf., exemplificativamente, CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, cit., pp. 527-528 e 554-555, PETER WEIMAR, *Die Handschriften des Liber feudorum und seiner Glossen*, in RIDC, 1990, pp. 31 e ss., LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter, Band I: Die Glossatoren*, cit., pp. 86 e ss., KENNETH PENNINGTON, *Law, Feudal*, in “Dictionary of the Middle Ages”, Supplement I, Charles Scribner’s Sons-Thompson-Gale, Nova Iorque, 2004, pp. 320-323, KATHLEEN DAVIS, *Periodization and Sovereignty: How Ideas of Feudalism and Secularization Govern the Politics of Time*, University of Pennsylvania Press, Filadélfia, 2008, pp. 26 e ss., e JOSEPH CANNING, *Feudal Law*, in “Encyclopedia of Medieval Philosophy: Philosophy Between 500 and 1500”, vol. 1, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2011, pp. 354-356.

A responsabilidade pela organização da Glosa aos *Libri Feudorum* é problemática (sendo atribuída por vários Autores a JACOBUS COLUMBI, Glosador do século XIII que se destacou na análise do direito feudal) e aqui limitamo-nos a fazer a remissão para a exposição de LANGE, *Römisches Recht im Mittelalter, Band I: Die Glossatoren*, cit., pp. 283-285. O ponto que sobretudo nos interessa é a já referida consolidação da *locatio ad longum tempus* num trabalho de síntese e acumulação de saberes.

⁸⁴⁷ Vide MEYNIAL, *Notes Sur la Formation de la Théorie du Domaine Divisé*, cit., p. 422, nota 1.

⁸⁴⁸ ACÚRSIO, *Volumen Legum Parvum, Quod Vocant, In Quo Haec Insunt: Tres posteriores Libri Codicis D. Iustiniani Sacratissimi Principis, Authenticae, seu Novellae Constitutiones Eiusdem Principis, Feudorum Libri Duo (...) Cum Commentariis Accursii, Tomus Quintus*, Ex officina Rouill. Sumptib. Andreae & Iacobi Prost, Lugduni, 1627, glosa *Vindicare, ad Feudorum Liber Secundus 2,8* (“*De Investitura de Re Aliena Facta*”), col. 47.

cadat: ut [D.6,3; D.43,18,1,1; C.11,62,14] *multo magis ergo exceptionem: ut* [D.43,18,1,3]”⁸⁴⁹. O “*simples arrendatário*”, pelo contrário, apenas podia agir *ex conducto* contra o locador: “*Sed quidam dixerunt idem in eo quod in simplici colono, & si expellatur, agant contra locatorem: ut* [D.19,2,25,1]”⁸⁵⁰.

Sedimentava-se, simultaneamente, a atribuição do “*utile dominium*” ao arrendatário por longo tempo. A glosa *Ipse enim solus utiliter* aos *Libri Feudorum* 2,43 apresentava quem tomasse de arrendamento o feudo *ad non modicum tempus* como titular do domínio útil: “*& ita videtur quod habeat utile dominium: quod verum puto, sicut dicitur de superficiario, & emphyteuticario, & de eo qui ad non modicum tempus feudum conduxit: quibus datur utilis actio*” (“*e assim observa-se que [o vassalo] tem o domínio útil; penso que assim é, na verdade, pois do mesmo modo se diz do superficiário, do enfiteuta e daquele que tomou de arrendamento por tempo não módico, aos quais se concede uma acção útil*”)^{851 852}.

Em suma, a locação era *ad modicum* ou *ad non modicum tempus* consoante o tempo pelo qual fora concluída. Critério bastante, aos olhos dos Glosadores, para gerar um *ius in re* independente de qualquer ligação com o direito de superfície: não era a *causa cognita* prevista em D.43,18,1,3 que permitiria averiguar a intenção de constituição de um direito real; este já estava constituído previamente, por força do prazo apostado ao contrato. As necessidades sociais da época – que guiavam os legistas – eram legitimação suficiente para o resultado⁸⁵³.

⁸⁴⁹ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., col. 1089. Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 55.

⁸⁵⁰ *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis*, cit., glosa *Colono ad C.4,65,9*, col. 1089.

⁸⁵¹ ACÚRSIO, *Volumen Legum Parvum (...) Cum Commentariis Accursii, Tomus Quintus*, cit., *ad Feudorum Liber Secundus* 2,43 (“*De controversia inter vasallum, & alium de beneficio*”), cols. 97-98.

⁸⁵² Veja-se, a respeito deste contributo, MEYNIAL, *Notes Sur la Formation de la Théorie du Domaine Divisé*, cit., p. 424, BUSSI, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, cit., p. 15, FEENSTRA, *Les Origines du Dominium Utile*, cit., pp. 63 e 77-78, LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 926, e ANNE-MARIE PATAULT, *Introduction Historique au Droit des Biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, p. 107 (“*La glose des Libri feudorum affirme que sont «propriétaires utiles» tous ceux auxquels est reconnue l'action en revendication utile (glose ipse enim solus, II, 43)*”).

⁸⁵³ Neste preciso sentido, PAOLO GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, 5ª edição, Editori Laterza, 2010, pp. 240-242.

1.1.2 – O Direito Canónico⁸⁵⁴

1.1.2.1– A não realização coactiva da prestação do locador

No âmbito do direito canónico⁸⁵⁵, encontra-se uma ampla defesa da execução específica por PANORMITANO, que a reconheceu face a obrigações de *dare* (“*quod aut quis obligatur ad dandum, & praecise compellitur si potest*”), de *tradere* (referindo-se à obrigação de entrega da coisa vendida – “*emptorem posse rem emptam praecise petere: & ita venditorem esse condemnandum, nec est opus petere interesse*”)⁸⁵⁶ e, até, de *facere*. Quanto a estas, opunha-se expressamente a BÁRTOLO, invocando que, segundo o direito canónico e divino, não se permitia o mero pagamento de quantia indemnizatória: “*eam sequitur Bart. in d.l. stipulationes. quod in obligatione facti causata ex conventionem partium, sufficiat solvere interesse, adhuc dico, quod non procedet de iure canonico, vel divino*”⁸⁵⁷. Não executar a prestação seria pecaminoso, por violação da promessa assumida e fraude contra o próximo (“*ne scilicet incurrat peccatum, veniendo contra promissionem suam, & decipiat sic proximum*”)⁸⁵⁸. O que valeria, de resto, para obrigações assumidas sem juramento: “*quem obligari praecise ad factum, si illud adimplere potest, dummodo non sit contra bonus mores, sive promissio iurata, sive simplex, & loquor de iure divino & canonico*”⁸⁵⁹.

Assim o impunha a norma canónica, constante do Decreto de Graciano, de que entre um juramento e a mera declaração não existia diferença, sendo ambas vinculativas: “*Inter iuramentum et locutionem fidelium nulla debet esse differentiam*

⁸⁵⁴ Paralelo ao renascimento do direito romano, o movimento renovador do direito canónico foi caracterizado pela aplicação dos métodos e instrumentos de trabalho desenvolvidos pelos legistas às novas compilações de normas da Igreja surgidas a partir de 1140. Surge a noção de “*Utrumque Ius*” (um e o outro direito) como manifestação da profunda ligação dos dois sistemas. Sobre o ponto remete-se para, entre outros, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 277 e ss., RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, cit., pp. 133 e ss., WIEACKER, *História*, cit., pp. 67 e ss., WESENERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 49-54, e E.J.H. SCHRAGE, *Utrumque Ius. Über das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft*, in RIDA, 1992, pp. 383 e ss..

⁸⁵⁵ Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 302-305; JAN HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, pp. 70-71.

⁸⁵⁶ *Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Apud Iuntas, Venetiis, 1591, ad X.2,22,10, n° 10, fl. 107.

⁸⁵⁷ *Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, cit., ad X.2,24,16, n° 9 (indica-se nesta edição, por puro lapso, o n° 6), fl. 139.

⁸⁵⁸ *Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, cit., ad X.2,24,16, n° 9, fl. 139.

⁸⁵⁹ *Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, cit., ad X.2,24,16, n° 8, fl. 139. Veremos, ainda nesta secção, que a análise se limitava ao campo do direito canónico.

(...) *Dominus inter iuramentum et loquelam mostram nullam vult esse distantiam*” (C. 22, q.5, c.12)⁸⁶⁰. O que terá importantíssimos reflexos na doutrina canonística da validade dos *nuda pacta*: “... *ex nudo pactum oritur actio (...) quia mortaliter peccat recendo a pacto (...) inter simplicem loquelam et iuramentum non facit Deus differentiam*”⁸⁶¹.

A mesma fundamentação era apresentada por LUDOVICO PONTANO (dito ROMANO – 1409/1439), invocando o mencionado cânone: para o direito canônico (e é útil sublinhá-lo, pois a posição do Autor no campo do *ius civile* era diferente⁸⁶²), o devedor estava obrigado a realizar a prestação em espécie. Assim depunha JASÃO DE MAYNO: “*Lu. Ro. ut ista regula non procedat de aequitate Canonica, ubi obligatus ad factum, indistincte potest compellit praecise (...) [C. 22, q.5, c.12]*”⁸⁶³.

Na verdade, a possibilidade de execução *in natura* das obrigações de *facere* já estava presente no *Espéculo* de GUILHERME DURANTIS: os textos romanos dariam ao *stipulator* uma alternativa (uma “via dupla”)⁸⁶⁴, podendo agir *ad faciendum* ou *ad interesse* (“*Si autem factum est in obligatione (...) habet duplicem viam stipulator: primam, ut agat ad faciendum, vel complendum opus, ut [D.39.1.24.1; -19,5,9; C.8,53,9]. secundam ut agat ad interesse, [D.42,1,13,1; -45,1,81; -46,82]*”⁸⁶⁵. O *promissor*, se quisesse, poderia realizar aquilo a que se obrigara, evitando o pagamento de indemnização, mas não se a lide já tivesse sido contestada, se isso fizesse diferença ao credor ou se tivesse sido estabelecida pena: “*tamen si promissor velit opus facere, liberatur ad interesse (...) nisi iam sit lis contestata, vel nisi multum intersit stipulatoris, vel nisi poena esset adiecta, [D.45,1,84 e -2,11,8]*”⁸⁶⁶.

⁸⁶⁰ *Decretum Magistri Gratiani* (in *Corpus Iuris Canonici*, editio lipsiensis secunda, post AEMILII LUDOUICI RICHTERI, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Pars Prior – Decretum Magistri Gratiani, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1879), Pars II, p. 886.

⁸⁶¹ Cf. a glosa *Pacta custodiantur ad X.1,35,1*, constante da Glosa Ordinária às Decretais de Gregório IX, organizada por BERNARDO DE PARMA (*Corpus Iuris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. II, *Decretales D. Gregorii Papae IX, Suae Integritati una cum Glossis*, In Aedibus Populi Romani, Romae, 1582, col. 440). Sobre isto, v.g., GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito* (tradução de A. M. HESPANHA e M. L. MACAÍSTA MALHEIROS), 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001, pp. 742 e ss., e UDO WOLTER, *Ius Canonicum in Iure Civili – Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Böhlau Verlag, Colónia/Viena, 1975, p. 11.

⁸⁶² REPGEN, *Vertragstreue*, cit., pp. 264 e ss..

⁸⁶³ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni, 1582, ad D.45,1,72 pr., nº 33 (fl. 103 verso).

⁸⁶⁴ Vide, também, REPGEN, *Vertragstreue*, cit., pp. 63 e ss.. Constata-se uma consonância com as doutrinas de AZO e de ACÚRSIO.

⁸⁶⁵ *Speculi, Pars Prima et Secunda, Cum Io. Andreae, ac Baldi*, Froben, Basileae, 1563, Lib. II, *Particula III, De interesse singulari*, nº 7, p. 862.

⁸⁶⁶ *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., *De interesse singulari*, nº 7, p. 862.

Mas nem toda a canonística alinhou pelo mesmo diapasão. O Cardeal HOSTIENSE negou ao comprador o direito de exigir a entrega da coisa, reconhecendo-lhe, tão-só, uma pretensão de indemnização por danos sofridos: “*Et ad quid venditor Ad traditionem rei praecise secundum [D.19,1,46; D.19,1,11]. Verius est quod ad interesse damnetur [D.19,1,11]*”⁸⁶⁷.

Por sua banda, JOÃO ANDRÉ admitia, na esteira de MARTINHO, que o vendedor fosse condenado a entregar a *res* ao comprador enquanto isso fosse possível: “*accedit opinioni Mar. quando facultatem habet tradende rei*”⁸⁶⁸. Contudo, a regra geral seria no sentido antagónico: se o devedor (ao abrigo de pacto ou, até, de *stipulatio*) não aceitava cumprir, apenas estava obrigado a pagar o *id quod interest*: “*Adimplere placita qui nolint, tenetur ad id, quod interest (...) per stipulationem, vel nudum pactum (...) tenetur ad interesse [D.19,1,1]*”⁸⁶⁹.

Do mesmo modo, o canonista FELINO SANDEO, convocando a opinião comum, acolhia a execução em espécie da obrigação de tradição a cargo do vendedor (“*magis communis opinio est (...) si venditor habet rem, praecise compellitur ad eam tradendam*”), pois aí, como ensinava BÁRTOLO, não era suficiente um *tradere*, mas, sim, um *dare* que proporcionasse o *dominium*: “*per istum (...) non sufficit simpliciter tradere, sed dare, i. dominium facere secundum Bar.*”⁸⁷⁰.

SANDEO também seguia as passadas dos Comentadores no que tangia as obrigações de *facere*. Mostrando-se contrário à sua execução *in natura* quando não fossem objecto de juramento (“*ubi non existente compromisso iurato, non cogitur (...) liberatur praestando poena, vel solvendo interesse*”), justificava-o com a prevenção da prática de possíveis abusos, através de decisões cujo resultado já não poderia ser revertido⁸⁷¹: “*arbitrer sine timore retractationis potest arbitrium ferre, quamvis iniquum*”⁸⁷².

⁸⁶⁷ *Summa Aurea*, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, Augustae Taurinorum, 1579, ad X. 3,17, nº 6, fl. 182 verso.

⁸⁶⁸ In GUILHERME DURANTIS, *Speculi, Pars Tertia et Quarta, Cum Io. Andreae, ac Baldi*, Froben, Basileae, 1563, Lib. IV, Partic. III, *De actionibus empti & venditi*, nº 1, *Additio c* (“*Ut Azo*”), p. 234. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 304.

⁸⁶⁹ *In Primum Decretalium Librum Novella Commentaria*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1612, ad X 1,35, Caput III, 2, fl. 273.

⁸⁷⁰ *Commentariorum ad Quinque Libros Decretalium*, Pars Secunda, Venetiis, 1601, ad X. 2,22, fl. 174 verso.

⁸⁷¹ Como é evidente, a actividade e o esforço despendidos na execução de *nuda facta* (por exemplo, ao escavar um fosso ou pintar um quadro) não podem ser repristinados.

⁸⁷² *Commentaria in V Lib. Decretalium*, Pars Prima, Ex Officina Frobeniana, Basileae, 1567, ad X 1,35, nº 9, col. 1401.

É notório que as divisões que marcaram o labor dos legistas foram transpostas para a doutrina canonística⁸⁷³, embora a ela (com destaque para PANORMITANO) se ficasse a dever vastamente a associação da regra da execução específica de todas as obrigações (incluindo as de *facere*) ao respeito pela palavra dada e pelo acordo de vontades (*pacta sunt servanda*). Um veio que, como se verificará, não mais se esgotou.

Encontram-se reflexos deste complexo cenário na elaboração dogmática da locação de coisa, embora se registre uma clara prevalência da herança romana.

HOSTIENSE limitava a uma indemnização os direitos do locatário se não lhe fosse proporcionado o gozo da coisa (“*Sed distingue, an prohibeatur à locatore, vel ab alio quem prohibere potest, & tunc tenetur locator ad interesse, quod & lucrum conductoris continet*”)⁸⁷⁴, tal como fez JOÃO ANDRÉ (“*Si autem locator vim intulit, agunt ex conducto, per quod vel interesse consequuntur, vel interesse recuperant. [D. 19,2,15 pr.]*”)⁸⁷⁵, ao passo que DURANTIS apresentava três soluções⁸⁷⁶: segundo uma delas, o *conductor* poderia exigir o cumprimento em espécie⁸⁷⁷; de acordo com outros, e tal como na compra e venda, apenas poderia ser peticionada uma indemnização por incumprimento⁸⁷⁸; finalmente, uma terceira corrente pronunciava-se no sentido de, não obstante o pedido de entrega da *res*, a condenação poder ser por mero equivalente, nos termos de D.42,1,13,1⁸⁷⁹.

GENIUS conclui que para o Autor, apesar de não ser claro para qual das alternativas propendia, qualquer delas estava em conformidade com o direito romano⁸⁸⁰. Atendendo ao que DURANTIS expõe, a propósito da “via dupla” pela qual o *stipulator* podia optar, a terceira opinião não foi por si endossada. E, como nada de oposto ressalta

⁸⁷³ Como sintetizam LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 905.

⁸⁷⁴ *Summa Aurea*, cit., ad X.3,18, n° 7, fl. 184 verso. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 58.

⁸⁷⁵ In DURANTIS, *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. II, *De restitutione spoliatorum (Nota quod)*, n° 15, *Additio k* (“*Et immobilis*”), p. 152.

⁸⁷⁶ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. III, *De Locato*, ¶ *De libellorum conceptione super locationibus*, n° 5, p. 249.

⁸⁷⁷ “*Verum si locator domum, vel fundum conductum non vult inquilino, vel colono tradere, vel tradidit, sed caetera non praestat, ad quae tenetur conductori...*”.

⁸⁷⁸ “*Alii vero dicunt, quod non tenetur iste ad traditionem, sic nec venditor cum haec actione sit similis actione ex vendito (...) sic concipietur libellus: (...) & meum interesse peto, quod aestimo 20*”.

⁸⁷⁹ “*Tertii dicunt, quod cum interesse non sit in obligatione, non potest peti, licet veniat in condemnatione*”.

⁸⁸⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 58.

da exposição do canonista⁸⁸¹, parece-nos que, à sua luz, também o locatário podia agir *ad faciendum* ou *ad interesse*⁸⁸². Não temos, no entanto, certezas.

Apesar de admitir a realização coactiva de obrigações de qualquer conteúdo e de recusar, à luz dos direitos canónico e divino, a mera *condemnatio pecuniaria*, o Abade PANORMITANO aceitava a não execução específica das obrigações de *facere* e limitava o cumprimento forçado das obrigações contratuais de *tradere* à compra e venda: “*Aut obligatur ad faciendum, & regulatiter in obligatione hominis succedit obligatio ad interesse ut [D.42,1,13 pr.] (...) Aut in aliis contractibus, & sufficit praestare interesse, per [D.45,1,114]*”⁸⁸³. As justificações foram, respectivamente⁸⁸⁴, o risco de servilização do devedor e as semelhanças entre a obrigação do vendedor e as *obligationes dandi*: “... *quia videtur quaedam species servitutis, si praecise compelletur facere (...) Ratio diversitatis est, quia in contractu emptionis, illa obligatio, rem tradi, participat de obligatione, rem dandi & rem faciendi...*”⁸⁸⁵. Ou seja, a obrigação de proporcionar o *uti frui* da coisa locada não podia, no âmbito do *ius civile*, ser coactivamente exigida – a sanção para a sua violação quedava-se pelo “*praestare interesse*”.

1.1.2.2 – A tutela possessória do locatário; o papel da *actio spoli* derivada do cânone *Redintegranda*

Tal como os Glosadores, os canonistas traçaram uma apertada distinção entre o possuidor e o detentor⁸⁸⁶: só o primeiro poderia exercer os meios de defesa da posse, particularmente o *interdictum unde vi*, como expôs, por exemplo, DURANTIS (“...*quidam casus, qui restitutionem impediunt, seu in quibus restitutio denegatur (...)*”

⁸⁸¹ Ao contrário, por exemplo, de AZO, que reconhecia a possibilidade de execução forçada das obrigações de *facere*, mas ressalvando (como situação especial) a obrigação de entrega da *res vendida*.

⁸⁸² Seria útil conhecer a opinião de DURANTIS sobre a *actio empti* (o que ajudaria a aferir a sua sensibilidade quanto à segunda solução), mas, na verdade, o Autor limita-se a descrever as teses em confronto, sem tomar posição (*Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Particip. III, *De actionibus empti & venditi*, nº 1, p. 233) – cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 303-304.

⁸⁸³ *Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, cit., ad X. 2,22,10, nº 10, fls. 107-107 verso.

⁸⁸⁴ Naquela que constituíu, como veremos, a linha de força dos Comentadores.

⁸⁸⁵ *Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, cit., ad X. 2,22,10, nº 10, fls. 107-107 verso. Sublinham-se as vastas citações de BÁRTOLO que se podem encontrar na exposição.

⁸⁸⁶ Cf. MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 85.

vigesimus sextus, cum spoliatus non habuit veram possessionem, sed solum detentationem)⁸⁸⁷.

Neste conspecto, citem-se, a propósito da recusa da posse e respectiva tutela ao locatário⁸⁸⁸, HOSTIENSE (“*Datur ergo restitutio deiecto sive civiliter, sive naturaliter possideat (...) non tamen dico colonis vel inquilinis ipsum dari, nec civilem nec naturalem habent possessionem*”)⁸⁸⁹, o Papa INOCÊNCIO IV (“... *conductorem modici temporis, quia non possidet (...) non possunt intentare interdictum, quia non possidebant...*”)⁸⁹⁰ DURANTIS (“... *conductor non dicitur possidere ...*”)⁸⁹¹, JOÃO ANDRÉ (que, após expor a possibilidade de exercício do *interdictum unde vi* pelo *colonus* no caso de *interversio possessionis*, afirma que antes disso era o *dominus* quem o podia exercer: “*Sed si expulsus fuisset ante, quam interveteret possessione, dominus habuisset interdictum, non ipse vicarius...*”)⁸⁹² ou PANORMITANO (“*Conductor ad modicum tempus si expellatur, nullum habet interdictum quia ipse nullam habet possessionem. Possessorium recuperandae non datur expulso a simplici detentatione*”; “... *non habet inquilinus ius; immo nec possessionem unde si expellitur, non competit sibi aliquod interdictum contra dominum...*”)⁸⁹³.

Não foi, pois, pela análise da disciplina locaticia que a dogmática canonística carrou elementos distintos dos contidos na obra dos legistas. Todavia, o movimento da renovação do direito canónico, paralelo ao renascimento do direito romano, trouxe a longo prazo importantes desenvolvimentos da tutela possessória da posição do locatário: referimo-nos à chamada *actio spoli*, baseada no cânone *Redintegranda* do Decreto de Graciano.

Tendo como fonte imediata as Decretais Pseudo-Isidorianas (século IX)⁸⁹⁴, a *Causa 2, quaestio 2* e a *Causa 3, quaestio 1* do Decreto ocuparam-se, a propósito do

⁸⁸⁷ *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. II, Partic. I, *De petitorio, & Possessorio, & Spoliatione (Quoniam)*, pr-nº 1, p. 527. A mera detenção é o *vigesimus sextus* caso de não restituição apresentado pelo canonista e clérigo francês.

⁸⁸⁸ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 58-59.

⁸⁸⁹ *Summa Aurea*, cit., ad X.2,13, nº 1, fl. 107.

⁸⁹⁰ *Super Libros Quinque Decretalium*, Sigismundus Feirabendt, Francofurti ad Moenum, 1570, ad X. 3,18,3, nº 3, fl. 393.

⁸⁹¹ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. III, *De Emphyteusi*, nº 4, p. 257.

⁸⁹² *In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1612, ad X. 2,13,12, nº 30, fl. 82 verso.

⁸⁹³ *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, Apud Iuntas, Venetiis, 1617, ad X. 3,18,3, nº 11, fls. 82 verso e 83.

⁸⁹⁴ Sobre as origens do cânone *Redintegranda*, remete-se especialmente para as análises de BRUNS *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 137 e ss., FEODOR GOECKE, *De Exceptione Spolii*, Gustav Schade, Berlim, 1858, pp. 83 e ss., e RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 141 e ss..

processo criminal⁸⁹⁵, das situações em que um Bispo era espoliado do seu cargo e património. Como se verificará, constituíram emanações do princípio de que a execução não deve preceder o julgamento⁸⁹⁶.

De acordo com o próêmio de C. 2, q. 2, “*Quod autem expoliatus ante iudicem stare non possit, multis auctoritatibus probatur*”. Ou seja, e segundo “muitas autoridades” (que depois são citadas ao longo da *quaestio*), aquele que fora espoliado não podia ser trazido a julgamento. Os seis cânones seguintes desenvolvem a matéria⁸⁹⁷. Nomearemos os cânones 1, 3 e 4.

O cânone 1 (epigrafado “*Ante litem contestatam possessori cuncta sunt restituenda*”) prescreve que, antes da *litis contestatio*, tudo aquilo que era possuído e fora esbulhado, incluindo os frutos, devia ser restituído ao Bispo ou ao primeiro possuidor (“*Antiquitus decretum est, ut omnes possessiones, et omnia sibi sublata, atque cunctos fructus ante litem contestatam preceptor episcopus vel primas possessori restituat*”)⁸⁹⁸.

A regra de que não se devia ser acusado antes da restituição daquilo de que se foi espoliado⁸⁹⁹ era ilustrada no cânone 3 com o conteúdo de uma carta do Papa Estêvão: nenhum Bispo que foi esbulhado deve ser acusado sem que as coisas lhe fossem legalmente restituídas, de tal modo que, antes da aceitação de uma acusação pelo Sínodo, devia ter ocorrido uma restituição total (“*Item Stephanus Papa. [epistola II.] Nullus episcoporum, dum suis fuerit rebus expoliatus debet accusari, priusquam omnia, que ei ablata sunt quocumque ingenio, legibus redintegrentur: ita ut omnes possessiones, atque omnes fructus ante acceptam accusationem primates et sinodus episcopo, de quo agitur, funditus restituant*”).

Por sua vez, o cânone 4 (sob a epígrafe “*Nec convocari ad sinodum, nec in aliquo iudicari debet expoliatus*”): o espoliado não deve ser chamado ao Sínodo, nem

⁸⁹⁵ Matéria tratada nas *Causae* 2 a 6 e que ofereceu aos decretistas um importante ponto de partida para o desenvolvimento do direito e do processo penais canónicos: PETER LANDAU, *Gratian and the Decretum Gratiani*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008, p. 36. Como nota o Autor, foi em questões adjectivas que o *Decretum* mais recorreu à obra do Pseudo-Isidoro, aumentando a dificuldade de prolação de condenações no processo criminal eclesiástico (p. 45).

⁸⁹⁶ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 162. Sobre o Decreto de Graciano como marco na consolidação dos direitos individuais em sede processual, cf. LANDAU, *Gratian and the Decretum Gratiani*, cit., p. 54.

⁸⁹⁷ HAROLD J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/Londres, 1983, p. 240; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 377.

⁸⁹⁸ BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 240.

⁸⁹⁹ Como reza a epígrafe: “*Nullus debet accusari, dum suis rebus fuerit expoliatus*”.

julgado) invoca uma epístola do Bispo Eusébio aos monges de Alexandria e do Egípto, na qual se afirma que os Bispos espoliados dos seus bens ou expulsos da sua Sé não podem ser convocados perante o Sínodo provincial ou geral, nem julgados, antes de ser legalmente restituído tudo o que lhes foi esbulhado (“*Item Eusebius fratribus constitutis per Alexandriam et Egiptum. [epist. II.] In scripturis vestris reperimus, quosdam episcopos vestris in partibus a propriis ovibus accusatos, aliquos videlicet ex suspicione, et aliquos ex certa ratione, et idcirco quosdam suis esse rebus expoliatos, quosdam vero a propria sede depulsos. Quos sciatis nec ad sinodum conprovincialem, nec ad generalem posse convocari nec in aliquo iudicari, antequam cuncta, que eis sublata sunt, legibus potestati eorum redintegrentur*”)⁹⁰⁰.

O prómio da *questio* 1 da *Causa* 3 informa que, para muitas autoridades, a restituição devia ser feita a qualquer um que tenha sido espoliado (“*Quod restitutio quibuslibet danda sit, multis auctoritatibus probatur. Ait enim Gaius papa: [epist. unica ad Felicem Episcopum, cap. 3.]*”)⁹⁰¹.

Assim, o respectivo cânone 1⁹⁰² proíbia que os Bispos espoliados ou expulsos da sua Sé sfossem perseguidos criminalmente antes de uma restituição integral (“*Episcopis suis rebus expoliatis vel a propriis sedibus eiectis omnia, que eis ablata sunt, legibus sunt redintegranda, quia priusquam factum fuerit hoc, nullum crimen eis obici potest*”)⁹⁰³.

Apoiando-se, seguidamente, noutra epístola pontifícia, o cânone 2 declarava que os Bispos expulsos das suas Sés ou Igrejas, sem autorização do Papa, deviam ser reintegrados antes de uma convocação pelo Sínodo; a isto não se podiam opor quaisquer superiores ou subalternos enquanto os espoliados estivessem privados das suas Igrejas, coisas e poderes (“*Item Fabianus Papa. [ep. II. Episcopis orientalibus.] Episcopi, si a propriis sedibus aut ecclesiis sine auctoritate Romani Pontificis expulsi fuerint, antequam ad sinodum vocentur, proprius locus et sua omnia redintegranda sunt (...)* *Nec quicumque potest eis quilibet maiorum vel minorum obicere, dum suis ecclesiis, vel rebus, uel potestatibus carente*”)⁹⁰⁴.

Neste encadeamento, o cânone 3 (o célebre cânone *Redintegranda*), ao invocar o que o Papa João teria escrito ao Arcebispo Zacarias, prescrevia que todos os Bispos

⁹⁰⁰ BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 240.

⁹⁰¹ BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 241.

⁹⁰² Cuja epígrafe afirma que quem foi espoliado ou expulso deve ver integralmente restaurada a situação anterior: “*Expoliatis vel eiectis omnia sunt redintegranda*”.

⁹⁰³ BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 241.

⁹⁰⁴ BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 241.

espoliados ou expulsos deviam ser reintegrados pessoalmente através de determinação pontifícia, com o restabelecimento de tudo no estado inicial, quaisquer que fossem as condições de tempo, cativo, dolo ou violência maus e os motivos ilegítimos conhecidos para a ocorrência da perda dos bens da Igreja ou do património pessoal dos espoliados (“*Unde Iohannes urbis Romae Episcopus scribit Zachariae Archiepiscopo: [epist. I.]: Redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis presentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda, quacumque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per quascumque iniustas causas res ecclesiae, vel proprias, id est suas substantias perdidisse noscuntur*”).

Note-se que o Decreto de Graciano não repetiu a recta final do texto pseudo-isidoriano que se seguia a *noscuntur* (“*ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua*”)⁹⁰⁵, mas, com esse afastamento da referência à acusação (e apesar do tratamento da matéria em dois lugares diferentes), a compilação não pretendeu cindir o instituto e criar, independentes uma da outra, uma excepção processual contra a acusação criminal e, por outro lado, uma acção restitutória⁹⁰⁶.

Tal não seria compaginável com o “*crimen obicere*” a que se referem os cânones 1 e 2⁹⁰⁷, nem com o *dictum* de GRACIANO que se segue ao cânone 2 (“*Sed notandum est, quod restitutionis sententia sola non sufficit, nisi presentialiter omnia iudicis offitio restituantur...*”⁹⁰⁸): aí se afirmava que não era suficiente uma sentença que ordenasse a restituição, devendo ocorrer, sim, uma restituição *presentialiter*, o que demonstra que a acção de restituição era vista como um pressuposto da prossecução criminal do Bispo espoliado⁹⁰⁹.

A hipótese da criação de dois meios processuais separados também seria incongruente com outro *dictum* de GRACIANO (que se segue a C. 3, q.1, c.6), onde,

⁹⁰⁵ O pertinente texto das Decretais forjadas era o seguinte: “*Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialementer ordinatione pontificum et in eorum, unde abscesserunt, funditus revocanda, quaecumque conditione temporis aut dolo aut captivitate aut virtute maiorum aut per quascumque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua*”. Cf. <http://www.pseudoisidor.mgh.de/html/288.htm>.

⁹⁰⁶ Neste sentido: BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 165 e ss.; GOECKE, *De Exceptione Spolii*, cit., pp. 83 e ss.; FRIEDRICH MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, in “*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*”, 1859, pp. 228 e ss.; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 244 e ss.; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 185-186.

⁹⁰⁷ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 244.

⁹⁰⁸ Col. 505 da edição de FRIEDBERG.

⁹⁰⁹ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 166-167; GOECKE, *De Exceptione Spolii*, cit., p. 84; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 246.

mais uma vez, se pressupõe a ligação à acusação do espoliado⁹¹⁰: “*Patet ergo, quod expoliati prius sunt presentialiter restituendi, antequam ad causam sint vocandi (...) post eiectionem restituendi sunt ante regularem ad sinodum vocationem*”⁹¹¹.

Dos textos resultava, portanto, que a restituição era o objecto de uma competência a exercer *ex officio* pelo juiz em sede de processo penal⁹¹² e constituía uma condição necessária para que este pudesse ser instruído. Mas não se vislumbrava qualquer previsão de um meio recuperatório autónomo, à disposição do espoliado para fazer valer os seus direitos⁹¹³.

Este entendimento parece defluir, por exemplo, das *Summae* de PAUCAPALEA (“... *ante litem contestatam cuncta ablata sunt restituenda*”)⁹¹⁴, de ROLANDO⁹¹⁵ (“*Ordinario iudicio expoliati ante finem causae restituendi non sunt; inordinate vero expoliati restituantur ante litis contestationem*”⁹¹⁶; “*Omnis expoliatio non canonice facta ante causae ventilationem est rescindenda*”⁹¹⁷) e de RUFINO (“... *expoliatos non posse vocari ad iudicem, antequam restituantur*”)⁹¹⁸, que desenhavam um expediente

⁹¹⁰ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 167; GOECKE, *De Exceptione Spolii*, cit., pp. 85-86; RUFFINI, *L’Actio Spolii*, cit., p. 244; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 186.

⁹¹¹ Cols. 506-507.

⁹¹² RUFFINI, *L’Actio Spolii*, cit., p. 288, refere-se a um *officium iudicis* especial com duas funções: paralisar a acusação criminal contra o espoliado e restituí-lo ao *status quo ante*.

⁹¹³ Cf. as considerações de MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 186.

⁹¹⁴ *Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani*, herausgegeben von JOH. FREIDRICH VON SCHULTE, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1890, ad C. 2, q.2, p. 58: tudo o que foi esbulhado é restituído antes da *litis contestatio*. Em anotação a C. 3, q.1. (p. 64), repete-se o *dictum* de GRACIANO (“*Sed notandum...*”). A *Summa* de PAUCAPALEA constitui o mais antigo trabalho de análise do *Decretum* e é-lhe cronologicamente próximo (KENNETH PENNINGTON/WOLFGANG P. MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008, p. 129).

⁹¹⁵ No século XIX formou-se a muito divulgada ideia de que se tratava de Rolando Bandinelli, o futuro Papa Alexandre III, que em 23 de Maio de 1179 reconheceu a independência de Portugal através da Bula *Manifestis probatum*. É uma asserção cada vez mais contestada: vejam-se RUDOLF WEIGAND, *The Development of the Glosa Ordinaria to Gratian’s Decretum*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008, p. 72, e PENNINGTON/MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., pp. 131-133.

⁹¹⁶ *Summa Magistri Rolandi. Mit Anhang Incerti Auctoris Quaestiones*, herausgegeben von FRIEDRICH THANER, Verlag der Wagner’schen Universitäts-Buchhandlung, Innsbruck, 1874, ad C. 2, q.2, p. 16: o que foi espoliado no processo ordinário não é restituído antes do fim da causa; o que foi espoliado irregularmente é restituído antes da *litis contestatio*. Mestre Rolando terá terminado o trabalho em análise após 1155 (PENNINGTON/MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., pp. 135-136).

⁹¹⁷ *Summa Magistri Rolandi*, cit., ad C. 3, q.1, p. 18: “*é reparada toda a espoliação feita antes da decisão da causa e que não esteja conforme ao direito canónico*”.

⁹¹⁸ *Summa Decretorum*, herausgegeben von HEINRICH SINGER, Neudruck der Ausgabe Paderborn 1902., Scientia Verlag, Aalen, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1963, ad C. 3, q.1, p. 261. A *Summa* foi o mais influente comentário do Decreto de Graciano nas décadas de 60 e 70 do século XII; RUFINO tê-la-á concluído por volta de 1164 (PENNINGTON/MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., pp. 135-136).

em que a restituição era uma fase que precedia a intervenção do Bispo no processo criminal movido contra si⁹¹⁹.

A evolução da doutrina canonística seguiria, contudo, rumos bem diferentes: os trabalhos de vários decretistas vão negar uma restituição judicial *ipso iure* e exigirão, ao invés, a execução da *restitutio* através dos meios de tutela possessória⁹²⁰.

ESTÊVÃO DE TOURNAI indicava que as *res* ou a Sé subtraídas ilegítima e violentamente seriam restituídas com recurso ao *interdictum unde vi* ou a *actiones in factum* concedidas no lugar do *interdictum* (“*Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes, non per iudicalem sententiam, sed per violentiam, unde et restituendi sunt per possessória iudicia, i. e. per interdicta, vel per actiones in factum redditae loco interdictorum*”)⁹²¹. Exactamente no mesmo sentido se pronunciou JOÃO DE FAENZA (que morreu entre 1189 e 1191)⁹²².

E certamente não era diferente o entendimento de HUGÚCIO (falecido em 1210), que, na *Summa* da sua autoria⁹²³, pressupõe claramente dois meios adjectivos diferentes: não só considera que C. 2, q. 2 e C. 3, q.1 tratam de questões distintas (“*Videtur haec quaestio eadem cum [C.2., q. 2] (...) Non enim sufficit dare sententiam de restituendo, nisi omnia corporaliter in eodem loco per officium iudicis restituantur, ut infra e. q. Redintegranda. Si tamen subtiliter inspiciantur, alia esta haec quaestio, et alia illa. Hic enim quaeritur, an spoliati sint restituendi, ibi, an spoliati sint vocandi ad causam ante restitutionem...*”)⁹²⁴, como se refere a um pedido de restituição (formulado pelo espoliado) separado do processo penal: “*Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem, ne postea accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia majorem*

⁹¹⁹ RUFFINI, ob. cit., pp. 290-291; MAX GAERTNER, *Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht*, Verlag von M. & H. Marcus, Breslau, 1901, p. 9; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 62.

⁹²⁰ Cf. MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., pp. 231 e ss.; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 292 e ss.; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 62-63.

⁹²¹ *Die Summa über das Decretum Gratiani*, herausgegeben von JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, Neudruck der Ausgabe Giessen 1891, Scientia Verlag, Aalen, 1965, ad C. 2, q.2, c.1, p. 165. A obra foi escrita entre 1165/67 (PENNINGTON/MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., p. 136).

⁹²² MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 231, nota 8, informa que JOÃO DE FAENZA (IOHANNES FAVENTINUS) transcreveu as palavras de ESTÊVÃO DE TOURNAI na sua *Summa* sobre o Decreto de Graciano. Tal obra foi escrita pouco depois de 1171, conforme dão nota ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média II*, in “Lusitania Sacra”, 8 (1967-1969), p. 86, e PENNINGTON/ MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., p. 138.

⁹²³ Sobre este Professor de Bolonha e Bispo de Ferrara, que completou a sua *Summa* ao Decreto de Graciano entre 1188 e 1190, cf., por exemplo, ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média I*, cit., nota 50 ao documento nº 8 (*Censual do Cabido da Sé do Porto*), p. 47, e PENNINGTON/MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., pp. 143-148.

⁹²⁴ Ad C. 3, q.1 (MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 230, nota 7).

*poenam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio: quid ergo tunc debet esse? Credo, quod in tali causa vocandus est ad iudicium et accusandus tam de illo crimine, quam de aliis, etiam ante restitutione, si monitus non vult eam petere, ne fraus sit ei lucrosa*⁹²⁵. Apesar de HUGÚCIO não concretizar qual seria o meio de restituição, está fora de dúvidas que o concebe como expediente apartado da questão da acusação criminal⁹²⁶.

A Glosa Ordinária ao Decreto de Graciano, organizada pelo canonista JOÃO TEUTÓNICO⁹²⁷, também aceitou a separação entre a *exceptio* e a *actio* tendente à restituição⁹²⁸, como deriva das glosas *Quod Autem* a C. 2, q.2 (“*Haec est differentiam inter quaestionem istam & illam quae est infra 3. q. 1. Quia. Hic petitur restitutio in modum exceptionis: ibi in modum actionis*”)⁹²⁹ e *Quidam episcopus* ao caso de C. 3 (“*Hic primum agitur, an spoliatus sit restituendus, sed supra causa 1. q.2 agebatur na spoliatus esset in ius vocandus*”)⁹³⁰.

A cisão entre os meios processuais levou a que se invertessem as finalidades do instituto. Anteriormente, a restituição era um modo de obstar à excepção que impedia o processo criminal. Mas se a acção de restituição era, agora, um meio independente, haveria primeiro que averiguar a sua admissibilidade; logo, a excepção ficava na dependência da existência de acção restitutória⁹³¹. Em decorrência, a excepção, desligada daquela *actio*, já não está confinada ao processo penal.

Neste sentido, HUGÚCIO (um Autor que representa plenamente a juscanonística renovada)⁹³² reconhecia a oposição da excepção também nas causas

⁹²⁵ Ad C. 3, q.1, c.2 (MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., pp. 231-232).

⁹²⁶ Cf. MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 231.

⁹²⁷ A Glosa Ordinária (terminada em 1216/17) sumariou a actividade decretista, tendo-se apoiado muito especialmente em HUGÚCIO e LAURENTIUS HISPANUS (c. 1180/1248). A entrada em vigor das Decretais de Gregório IX levou à sua revisão (que foi incorporada no texto original e é aquela que consta dos exemplares impressos) por BARTOLOMEU DE BRÉSCIA (falecido em 1258), o que explica, designadamente, as remissões que faz para a nova compilação. Cf. WEIGAND, *The Development of the Glosa Ordinaria*, cit., pp. 82 e ss. e 88 e ss., e PENNINGTON/ MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., pp. 233 e ss. (que chamam a atenção para o facto de a revisão ter sido tão profunda que o texto impresso não permite um cabal esclarecimento dos contributos de cada organizador).

⁹²⁸ Vide BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 168; GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 12; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 63; BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 241.

⁹²⁹ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani, Emendatum et Notationibus Illustratum Unà cum Glossis*, In Aedibus Populi Romani, Romae, 1582, col. 815.

⁹³⁰ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani*, cit., col. 946. A referência à “*causa I*” é claramente um lapso (corrigido, aliás, por BRUNS): trata-se, sim, da *Causa 2*.

⁹³¹ MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., pp. 233-234; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 63.

⁹³² A obra de HUGÚCIO foi o mais completo fruto da canonística do meio século volvido após o Decreto de Graciano. A sua *Summa* apenas perdeu importância como modelo com o surgimento da Glosa

civis, cujas acções relativas à *res* esbulhada não poderiam ser intentadas pelo espoliador: “*Quilibet spoliator praesumitur enim suus inimicus esse, et ideo contra eum non potest agere criminaliter, ut in extra. In literis; sed alius etiam ante restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de illo, pro quo sunt spoliati (...) Sed quid de causa civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo eum spoliavit, nec de re, qua eum spoliavit, sed de alia potest (...) Item dico, quod alius non potest ante restitutionem agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa rem (...) sed de alia postest*”⁹³³.

Os motivos desta mudança de perspectiva residiam, segundo MAASSEN⁹³⁴, no facto de, no século XII, os Sínodos já terem perdido a competência para acusar os Bispos, o que está atestado numa passagem da responsabilidade de JOÃO DE FAENZA: “*responsuri de crimine; antiquitus enim omnia in synodo a metropolitano et a comprovincialibus episcopis celebrata examinari solebant*”⁹³⁵.

Acresce que o instituto tinha, nas Decretais Pseudo-Isidorianas, uma finalidade política de protecção dos Bispos⁹³⁶, mas, na época do Decreto, tal entendimento já fora ultrapassado e a respectiva tutela estendera-se a qualquer *persona ecclesiastica*, como também denotava JOÃO DE FAENZA (“*Nota, quia, quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis*”)⁹³⁷. Ora, os vários tribunais a que se dirigia qualquer *persona ecclesiastica* não estavam, como outrora haviam estado os Sínodos, em posição de proceder à restituição do que fora espoliado, pelo que teria sido necessário separar a acção da excepção⁹³⁸.

RUFFINI aduz outro fundamento, que lhe parece o mais importante: os decretistas que começaram a separar as duas componentes do instituto foram contemporâneos do renascimento do direito romano, com génese em Bolonha, o que pôs à sua disposição um manancial dogmático capaz de servir a Igreja. Os meios de restituição fundados no *officium iudicis* do Sínodo (e que mais não eram do que uma condição para a prossecução criminal) já não satisfaziam os novos tempos (*maxime a*

Ordinária de JOÃO TEUTÓNICO, mas, ainda assim, constituiu uma influência permanente até ao século XV: PENNINGTON/MÜLLER, *The Decretists: the Italian School*, cit., pp. 142-143 e 148.

⁹³³ Ad C. 3, q.1, c.2, verb. *quilibet majorum vel minorum* (MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 234, nota 15).

⁹³⁴ *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 232 (seguido por RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 294-295).

⁹³⁵ Ad C. 3, q. 1, c.2, verb. *ad synodum* (MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 232, nota 9).

⁹³⁶ Nesse sentido (e citado por MAASSEN), BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 144-149.

⁹³⁷ Ad C. 3, q. 1, c.2 (MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 232, nota 11).

⁹³⁸ Conclusão a que chega MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 232.

necessidade de protecção de todos os eclesiásticos vítimas de espoliações) e os canonistas apenas conseguiram encontrar alternativa quando foram munidos pelo *ius civile* dos respectivos instrumentos de tutela possessória⁹³⁹.

Em abono do seu raciocínio, RUFFINI cita um passo da introdução da *Summa* de RUFINO, onde se afirmava que o direito canónico não tratava da matéria das acções; esta estava suficientemente regulada pelo *ius civile*, cuja disciplina a Igreja adoptava na falta de disposição contrária: “*De actionibus non agit ius ecclesiasticum, quia de his plenariae et sufficienter agitur in legibus. Amplectuntur quippe sacri canones ea, quae in legibus continentur, nisi ipsis sint contrari*”⁹⁴⁰.

Vimos que ESTÊVÃO DE TOURNAI e JOÃO DE FAENZA se referiam à espoliação efectuada com violência e, conseqüentemente, identificavam o meio de restituição com o *interdictum* de recuperação da posse. HUGÚCIO, por sua vez, a propósito de C. 3, q.1, c.2, não concretizava qual a via adjectiva ao dispor do espoliado.

Todavia, a respeito de C. 3, q.1, c.3, aquele Bispo de Ferrara já adiantava algo sobre essa via e fazia-o com uma amplitude muito superior: “*sive vi, sive metu, sive dolo adversarii, sive quacunque circumventionem suis rebus quis privetur, debet restitui*”⁹⁴¹. Ou seja, sai-se do puro âmbito dos *interdicta* possessórios e sanciona-se também o esbulho efectuado por coacção, dolo ou, até, de qualquer maneira⁹⁴².

Mas isso levantava um problema, que esteve na raiz de significativas preocupações da ciência do direito canónico⁹⁴³: enquanto a *actio quod metus causa* podia ser intentada contra um terceiro possuidor⁹⁴⁴, só o esbulhador tinha legitimidade

⁹³⁹ *L'Actio Spolii*, cit., pp. 297 e ss., seguido por GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 10, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 63.

⁹⁴⁰ O trecho encontra-se transcrito em JOH. FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, vol. I, *Einleitung - Die Geschichte der Quellen und Literatur von Gratian bis auf Papst Gregor IX*, Verlag von Ferdinand Enke, Estugarda, 1875, p. 246.

⁹⁴¹ MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 235.

⁹⁴² MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 235; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 326-327; GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 11, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 63.

⁹⁴³ MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 236; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 327; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 63.

⁹⁴⁴ Como ensina SANTOS JUSTO (*Direito Privado Romano - I*, cit., pp. 218 e 244), a *actio quod metus causa* concretizava processualmente um direito de natureza pessoal, mas era uma *actio in rem scripta* e, por isso, podia ser intentada contra quem possuísse a *res* em litígio: cf. D.4,2,9,8 (“*Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coecerat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est: non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussorem vim intulit, ut accepto liberetur, in rem non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta*”).

passiva na *actio doli*⁹⁴⁵ e no *interdictum*⁹⁴⁶, pressupostos que o direito canónico aceitava, como decorre da glosa *Captivitate* a C. 3, q.1, c. 3 (“*Si enim per vim aliquid ab eo extortum est vel ablatum intra annum potest agere contra deiectorem in quadruplum: post annum in simplum* [D.43,16,1]. *Sed si per metum est extortu aliquid tunc contra omne possessorem agitur: intra annum in quadruplam cum non vult restituere* [D.4,2,14, -1, -2 e -3]”)⁹⁴⁷.

Foi neste conspecto que HUGÚCIO tentou alargar o âmbito do *interdictum* mediante um apelo à equidade e à analogia com D.16,3,31,1⁹⁴⁸ (onde se estatua, com fundamento no *praeceptum* “*suum cuique tribuere*”⁹⁴⁹, que o depositário que recebeu a *res* do ladrão devia restituí-la a quem ela fora subtraída; se este não a pedisse, deveria ser restituída ao próprio ladrão, apesar do que fez). Ora, semelhantemente à disciplina do depósito, e apesar do que dispunha o *ius strictum*, quem fora espoliado poderia exigir a restituição a quem espoliou o primeiro espoliador e o último também o poderia fazer: “*quia secundum rigorem juris praedo est restituendus ... Hoc verum est, ubi dominus rei rem illam vi abstulit praedoni ex intervallo. Idem est et si alius abstulit eam illi. Si tamen, cum abstulit eam alius a domino, praedo et dominus simul venirent ad repetendum, crederem tunc ex aequitate dominum esse praeponendum et rei rem esse*

⁹⁴⁵ D.4,3,1,1: “*Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo."* Cf. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., p. 246, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 216-217.

⁹⁴⁶ Cf. D.43,16,1 pr. (“*Praetor ait: "Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo"*”) e -43,16,1,11 (“*Ait praetor: "Deiecisti aut familia deiecit". Merito familiae mentio habita: nam cum "deiecisti" verbum refertur ad personam eius qui deiecit nec pertineat ad eum, cuius familia deiecit (nec enim ego videor deiecisse, si familia mea deiecerit), consequens fuit addere "aut familia tua deiecit"*”): o *interdictum* recuperatório era requerido contra quem praticou o esbulho violento; se quem o praticou estivesse sob a *potestas* de outrem, este era considerado o esbulhador e só ele teria legitimidade passiva. Vide VOICI, *Istituzioni*, cit., p. 344, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., p. 169.

⁹⁴⁷ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani*, cit. col. 948. Cf. MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 236.

⁹⁴⁸ “*Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? Exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. Et probro hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesit deposuit (...)*”.

⁹⁴⁹ D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 44. Sobre o princípio *suum cuique tribuere*, um dos três *iuris praecepta* previstos em D. 1,1,10,1 (“*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”) e o respectivo sentido de atribuir a cada um o que é seu, de modo a respeitar os direitos dos outros, cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 12-13 e 339, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 30-31.

restituendam, quamvis de stricto iure videatur esse reddenda praedoni. Et hoc ad similitudinem ejus, quod dicitur de deposito (...) mihi tamen potius debet restitui ex aequitate, ut [D. 16,3,31,1]”)⁹⁵⁰.

Não obstante este esforço argumentativo de HUGÚCIO não ter tido seguimento assinalável⁹⁵¹, revelava-se o objectivo de procurar a resolução de problemas aos quais o *officium iudicis* sinodal outrora dera resposta⁹⁵².

O estado da questão era, no fundo, este: estendida a protecção a qualquer clérigo (quando primeiramente fora concedida apenas aos Bispos, antes de o processo criminal correr termos) e separada a acção da excepção, muitos tribunais eclesiásticos viram-se a braços com situações para as quais não tinham meios de proceder à restituição do que fora espoliado, já que não dispunham da latitude do *officium iudicis* anteriormente conferido aos Sínodos. Contavam, é certo, com os meios processuais do *ius civile*, especialmente desde o renascimento do direito romano. Mas a estreiteza deles, nomeadamente da *actio doli* e do *interdictum unde vi* (que não podiam ser utilizados contra um terceiro possuidor), não permitia a satisfação de todas as necessidades que a velha disciplina das Decretais Pseudo-Isidorianas contemplava⁹⁵³ e que a doutrina canonística continuava a considerar dignas de tutela.

O apoio normativo que se encontrou foi o cânone *Redintegrandae*, que previa, em pé de igualdade, o dolo, a violência e outras possíveis causas, sem qualquer distinção entre o espoliador e um terceiro possuidor⁹⁵⁴.

A *Summa* de SICARDO DE CREMONA (1155/1215)⁹⁵⁵ já se refere, ao lado dos *interdicta*, à *condictione ex canone* como meio de restituição do que foi espoliado com violência⁹⁵⁶:

⁹⁵⁰ Cf. MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 237 (que transcreve a citada passagem, escrita a propósito do *dictum* de GRACIANO que se segue a C.3, q.1, c.6, glosa *praedoni*) e, na sua peugada, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 327-328.

⁹⁵¹ MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 238.

⁹⁵² RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 328.

⁹⁵³ Embora apenas para os Bispos e tendo em vista um processo criminal.

⁹⁵⁴ Vide MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 239; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 328-329; BERMAN, *Law and Revolution*, cit., p. 241.

⁹⁵⁵ A referida obra é anterior a 1185 – cf. ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *Livros de Direito na Idade Média I*, cit., nota 40 ao documento nº 8 (*Censual do Cabido da Sé do Porto*), p. 47.

⁹⁵⁶ Ad C. 2, q.2 (MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 242, de onde se colheu o esquema que se segue). Cf., também, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 329, GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 12, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 63.

„Exspoliatur quis	}	per violentiam. Hic restituitur per interdicta secundum leges, conditione ex canone ³⁴ , ut II. Q. II.
		per sententiam. Hic restituitur officio iudicis.“

O sentido e alcance do novo expediente são expostos com nitidez no aparato de glosas à III Compilação (*Compilatio tertia*)⁹⁵⁷, da autoria do canonista ibérico VICENTE HISPANO (que terá falecido por volta de 1248)⁹⁵⁸.

Segundo a glosa *Judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere* ao Livro II, Título IV (*De Ordine Cognitionum*), cânone único⁹⁵⁹, o *interdictum unde vi* apenas era concedido contra o espoliador, mas o direito canónico era mais amplo e também oferecia o “*restitutorium iudicium*”, através do cânone *Redintegrandi*, a quem fosse vítima de coacção ou dolo: “*Quia non datur interdictum unde vi nisi contra dejectorem, infra. [Compilatio III 2,6,5⁹⁶⁰], [D.43,16,7] (...) Forte latius patet*

⁹⁵⁷ Trata-se de uma de cinco compilações de decretais posteriores ao Decreto de Graciano e anteriores às Decretais de Gregório IX, conhecidas como “*Compilações Antigas*” (*Compilationes Antiquae*). Foi organizada por PEDRO DE BENEVENTO e promulgada pelo Papa Inocêncio III em 1210, contendo exclusivamente decretais desse Pontífice. Sobre o ponto, ISAÍAS DA ROSA PEREIRA, *O Canonista Petrus Hispanus Portugalsis*, in “Arquivos de História da Cultura Portuguesa”, vol. II, nº 4, 1968, p. 4, nota 3, e KENNETH PENNINGTON, *The Decretalists 1290 to 1234*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008, p. 226, e *Decretal Collections 1190-1234*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008, pp. 293 e ss., especialmente 308-311.

⁹⁵⁸ Pairam dúvidas sobre a nacionalidade deste jurista – possivelmente português –, que terá leccionado direito canónico em Bolonha entre 1210/1215-17 e sido Bispo da Guarda (1226/1248), Chanceler de D. Sancho II e Conselheiro Régio. Mesmo sobre estes dados não há unanimidade de pontos de vista. Remetemos para as indicações e desenvolvimentos fornecidos por BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., p. 184, nota 8, ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *La Canonística Iberica (1150-1250) en la Investigacion Reciente*, in “Derecho Común en España: los Juristas y sus Obras”, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1991, pp. 61-62, ANTONIO PEREZ MARTÍN, *Espanoles en el Alma Mater Studiorum: Profesores Hispanos en Bolonia, de Fines del Siglo XII a 1799*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1999, pp. 33-34, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 254, nota 4, e KENNETH PENNINGTON, *The Decretalists 1290 to 1234*, cit., pp. 230 e ss. (que qualifica VICENTE HISPANO como o mais prolífico canonista do período compreendido entre 1210 e 1234).

O mencionado aparato data da década de 10 do século XIII: cf. SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, I, cit., p. 193, e ANTONIO PEREZ MARTÍN, *Espanoles en el Alma Mater Studiorum*, cit., p. 34.

⁹⁵⁹ Mais tarde, X.2,10,2. Cf. *Quinque Compilationes Antiquae*, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, Graz, 1956, p. 111.

⁹⁶⁰ Mais tarde, X.2,13,15.

*restitutorium iudicium secundum canones quam secundum leges, ut habet locum etiam ubi metu quis perdit rem vel dolo, III. Q. I. Redintegr. [C. 3, q.1, c.3] (...)*⁹⁶¹.

Na glosa *Interdictum unde vi locum nullatenus habuisse* ao Livro II, Título VI (*De Restitutione Spoliatorum*), cânone 5⁹⁶², VICENTE HISPANO reafirmava o cariz mais lato da protecção concedida pelo cânone *Redintegranda*, abrangente das situações de dolo, coacção e violência; sublinhava-se, ainda, que segundo o direito romano (“*secundum leges*”) não se outorgava o *interdictum* contra o *dejector* de quem estava com a *res* (isto é, um terceiro possuidor)⁹⁶³, embora se concedesse o *edictum quod metus causa*: “*Quia non datur nisi contra dejectorem (...) Latius tamen patet iudicium possessorium secundum canones. Datur enim contra eum, qui dolum fecit vel metum intulit qui vim fecit, III Q. I. Redintegranda (...), cum tamen legiste ibi habeant proprias actiones, scil. quod metus causa et de dolo et alias (...) Nota secundum leges quod non datur unde vi contra dejectorem et quod metus causa edictum datur contra quemlibet, ad quem res pervenit, in qua metus illatus est (...) Vinc.*”⁹⁶⁴.

A Glosa Ordinária ao Decreto de Graciano recebeu esta construção dogmática, como transparece de várias passagens⁹⁶⁵.

A já referida glosa *Quidam episcopus* ao caso de C. 3 apresentava quatro *auxilia* pelos quais se poderia pedir a restituição: as *actiones (quod metus causa e de dolo)*, o *interdictum unde vi*, a *condictio ex canone* e o *officium iudicis*. A *actio quod metus causa* podia ser intentada contra qualquer possuidor, mas a *actio de dolo* apenas contra quem usou de dolo; a restituição através do *interdictum* poderia ser exigida somente a quem usou de violência; a *condictio ex canone* era outorgada contra quem quer que possuísse a *res*; e o *officium iudicis* permitia a restituição a quem perdesse coisa própria por motivos da ausência, dirigindo-se, também, a todo aquele que possuía: “... *quod quattuor sunt auxilia producta, per quae petitur restitutio, actio, interdictum, condictio ex cânone, iudicis officium. Actione petitur restitutio, ut actione quod metus causa datur restitutio contra quemlibet possessorem [D.4,2,9,4]. Item actione de dolo petitur*

⁹⁶¹ Cf. MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., pp. 240-241.

⁹⁶² Que, como já se observou, viria a constituir X.2,13,15: *Quinque Compilationes Antiquae*, cit., p. 112.

⁹⁶³ A *contrario senso*, portanto, essa não seria a solução canonística, anteriormente qualificada como mais ampla (como veremos de seguida, o “*iudicium possessorium secundum canones*” era “*latius*”).

⁹⁶⁴ Novamente, MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., pp. 240-241.

⁹⁶⁵ Vide BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 169, MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 241, RUFFINI, *L’Actio Spolii*, cit., p. 330, GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 12, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 64, e MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 187.

restitutio: & per illam non sit restitutio, nisi contra illum qui dolum fecit [D.4,3,17 pr.]. *Item per interdictum restitutio datur contra illum solum qui vim fecit, ut* [X.2,13,15] *in fi*⁹⁶⁶. *Per conditionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem, ut* [X.2,28,51] & [X. 2,13,18] & *infra. ea. redintegranda. Item per iudicis officium petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdit rem suam, de quae agitur* [D.4,6,1] & *per totum. & illa potest agi contra quemlibet possessorem, ut* [C. 16, q. 3, c.14]”⁹⁶⁷.

Por sua vez, a glosa *Aut dolo* concedia uniformemente a *condictio ex canone Redintegranda* com fundamento em dolo, cocação ou violência contra todo aquele que possuísse a *res* (e, portanto, a legitimidade passiva não estava confinada ao espoliador): “*Cum autem canone aequiparet dolum, metum vel violentiam, videtur quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri*”⁹⁶⁸.

Como se podia alicerçar em *metum, dolum* ou *violentiam* e era instaurável contra qualquer possuidor, a *condictio* condensava as várias características dos restantes meios processuais de restituição (*maxime* a legitimidade passiva da *actio quod metus causa*) e estendia-as a todas as situações⁹⁶⁹. Criava-se, desta maneira, um conceito muito amplo de espoliação, com uma finalidade de combate a injustiças independente das suas causas (algo também presente no *officium iudicis* subjacente à *exceptio* da *Causa 2*)⁹⁷⁰. A previsão dos expedientes do *ius civile* como meio de restituição talvez só tenha sobrevivido em virtude da grande influência do direito romano, pois tornavam-se supérfluos quando estivessem em concurso com o novo *remedium*⁹⁷¹.

A norma geral era, portanto, a de que o espoliado por outrem deveria ser sempre restituído, ao que não obstavam a excepção de crime cometido por alguém⁹⁷² ou disposição não canónica (“*Est autem regulare, quod spoliatus ab alio, quam a iudice,*

⁹⁶⁶ “*Interdictum unde vi non competit contra illum, qui non spoliavit, nec spoliari mandavit, nec spoliationem ratam habuit*”.

⁹⁶⁷ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani*, cit., col. 946.

⁹⁶⁸ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani*, cit., ad C. 3, q.1. c.3, col. 948.

⁹⁶⁹ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 331-332.

⁹⁷⁰ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 332.

⁹⁷¹ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 170; GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 12; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 64.

⁹⁷² A restituição era concedida, em vista disso, mesmo a quem estivesse ilegitimamente na posse da coisa: se *A* esbulhasse *B* e este, em retaliação, espoliasse *A*, *A* teria o direito de pedir a restituição – o que não pode deixar de ser visto como um combate à justiça privada. Cf. BERMAN, *Law and Revolution*, cit., pp. 241-242.

vel etiam si a iudice est spoliatus sine ordine iuris, semper statim est restituendus non obstante exceptione alicuius criminis, vel non canonicae institutionis)⁹⁷³.

A regra não tinha aplicação, porém, em vários casos cuja lista é longa, mas da qual nos interessam particularmente os dois últimos (*“Fallit in casibus hic notatis (...) Item si ex gratia vel precario possedit (...) Item si possedit, ut colonus. [D.43,16,18 pr.]”*)⁹⁷⁴: não poderia exigir a restituição quem possuísse a título gratuito ou precário ou, ainda, como *colonus*. Isto é, a Glosa Ordinária excluía da tutela canónica a mera detenção⁹⁷⁵ e o arrendatário ficava confinado à estreita protecção possessória que lhe era atribuída, através do *interdictum unde vi*, pelo direito romano (D.43,16,18 pr.)⁹⁷⁶.

Afiguram-se pouco rigorosas, em nossa opinião, as análises de GAERTNER⁹⁷⁷, quando afirma que a Glosa estendia a *condictio* aos casos em que alguém possuía em nome de outrem (*“Die Glosse zum Decret beschränkt die cond. Ex can. auf den juristischen Besitzer, dehnt sie aber schon auf Fälle aus, in denen jemand im Namen eines andern besitzt”*), mas sem citar, transcrever ou interpretar qualquer fonte ou, pelo menos, indicação bibliográfica) e de GENIUS⁹⁷⁸, para quem a Glosa criou, a favor do *alieno nomine possidens*, excepções à regra romana de exclusiva tutela do possuidor. Como vimos, e ao invés, a Glosa confirmou e seguiu plenamente o direito romano, embora talvez em virtude de uma interpretação arbitrária do Decreto, como aponta BRUNS⁹⁷⁹.

Para sustentar a sua posição, GENIUS considera que a Glosa concedia legitimidade activa ao locatário de acordo com os pressupostos de D.43,16,12 (*“So scheint die Glosse jedenfalls unter der Voraussetzungen von D 43,16,12 die Aktivelegitimation des Mieters bejaht zu haben, vgl. Gl. “quidam episcopus” Einleitung zu C. 3: “... Item si possedit, ut colonus, D.43,16,12... ”*)⁹⁸⁰. Esclareça-se, em primeiro lugar, que não é D.43,16,12 (*Colonus*) que se cita na Glosa, mas, sim, D.43,16,18 pr.

⁹⁷³ Cf. a glosa *Quidam episcopus* ao caso de C. 3, cit., col. 946.

⁹⁷⁴ Glosa *Quidam episcopus* ao caso de C. 3, cit., col. 946.

⁹⁷⁵ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 170; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 330-331 e 355. Com essa exclusão, o detentor ficava na companhia de figuras como, v.g., os ocupantes violentos de uma Sé Apostólica, os simoníacos, os que cometiam *criminis enormitas* ou os praticantes de *“fornicatio notoria”*...

⁹⁷⁶ Neste exacto sentido, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 170: *“Doch sieht man aus der Glosse zu Gratian's Einleitung zu C. 3., daß man die Klage zwar auf bloßen Besitz gründete, aber bei der Detention für andere ausschloß, bloß detinierte Sache wenigstens nur accessorisch wie beim interd. U. V. in die Klage aufnahm...”*

⁹⁷⁷ *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 49.

⁹⁷⁸ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 65.

⁹⁷⁹ *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 170.

⁹⁸⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 65, nota 75.

(*Cum fundum*). Por outro lado, “*Item si possedit, ut colonus*” é o último dos *casibus* em que é afastada a regra da restituição do que foi espoliado, pelo que não se está a conferir legitimidade activa ao *colonus*: contrariamente, é apresentada uma excepção à regra geral da legitimidade activa dos espoliados. Este é, aliás, o entendimento claramente endossado por BRUNS: “ – *non obstante exceptione canonicae institutionis* – . *Fallit in casu si possedit ut colonus, ut l. 18. de vi...*”⁹⁸¹.

A referência da Glosa a D.43,16,18 pr. significou, precisamente, que o arrendatário só poderia ser protegido nos termos estabelecidos nesse fragmento e que, *in casu*, o *ius canonicum* seguia as soluções do *ius romanum*, até porque a glosa *Quidam episcopus* determinava que as normas não canónicas não obstavam à restituição prevista no Decreto, mas não impedia a *restitutio* baseada nessas mesmas normas. Tratava-se, em suma, de uma situação em que o *interdictum* não concorria com a *condictio ex canone Redintegranda* e, por isso, não se tornava supérfluo.

A disciplina canónica da tutela possessória teria um importante desenvolvimento com a promulgação, pelo Papa Inocêncio III, da Decretal *Saepe contingit* (X.2,13,18), que derivou das conclusões do IV Concílio de Latrão, de 1215⁹⁸², e cujo conteúdo se transcreve: “*Saepe contingit, quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante iuris civilis rigore, sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, [praesertim] quoad periculum animae, iniuste detinere ac invadere alienum, contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur*”.

De acordo com a Decretal, como o espoliado não gozava do *beneficium restitutionis* devido à transmissão da posse da *res* espoliada, a espoliação injusta acabava por ter frequentemente como efeito a perda da propriedade, dadas as inerentes dificuldades de prova (em sede de *rei vindicatio*). Assim, e apesar do rigor do direito romano, determinava-se a concessão do *beneficium restitutionis* contra aquele que, com conhecimento do vício, recebesse a coisa do espoliador.

A relação da Decretal com a *condictio ex canone Redintegranda* foi objecto de muitas dúvidas e os jus-historiadores divergem quanto ao propósito que presidiu a

⁹⁸¹ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 170, nota 1.

⁹⁸² MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., pp. 242-243.

X.2,13,18: terá apenas pretendido estender a protecção do *interdictum unde vi* contra quem recebesse o prédio de má fé⁹⁸³? Ou teve também como intenção limitar a eficácia do *remedium* escorado no cânone *Redintegranda* e circunscrever os meios recuperatórios aos casos em que houvesse um conhecimento do esbulho pelo terceiro possuidor⁹⁸⁴? A primeira hipótese parece-nos mais plausível, visto que do correspondente texto dimana uma correcção do *rigor iuris civilis* e, nem por uma vez, se faz a mais pequena referência à *condictio* alicerçada no cânone *Redintegranda*⁹⁸⁵. Vejamos, contudo, a exegese que resultou das fontes juscanonísticas da época.

No seguimento do entendimento prevalecente entre os decretalistas já antes das Decretais de Gregório IX⁹⁸⁶, a Glosa Ordinária a esta compilação previa a *condictio ex canone Redintegranda* como meio processual de protecção do possuidor esbulhado, ao lado de X.2,13,18, embora apenas “*in rebus ecclesiasticis*”⁹⁸⁷. Tal decorre da glosa *Interdictum* a X.2,13,15: “... *interdictum unde vi, non datur nisi quod illum qui deiecit, vel mandavit, vel ratum habuit: ut hic dicitur & [D.43,16,7] & [D.43,16,3,10] (...) vel nisi contra illum qui rem scienter a deiectore recepit. infra. [X.2,13,18] (...) Videtur tamen quod in rebus ecclesiasticis posset agi contra quemlibet possessorem. canone 3. q. 1. redintegranda [C. 3, q.1, c.3] (...) & infra. eo. [X.2,13,18] (...) hoc verum est, sed non per interdictum unde vi, sed conditione ex illo canone 3. q. 1. redintegranda [C. 3, q.1, c.3]”⁹⁸⁸.*

A glosa *Scienter* a X.2,13,18 voltava a contemplar, lado a lado, a *condictio ex canone isto* (instaurável contra quem soubesse que recebia *res* alheia) e a *condictio ex*

⁹⁸³ Como expõem COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., pp. 283 e 285, ou MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 148-150.

⁹⁸⁴ É a interpretação apresentada por BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 177 e ss., MAASSEN, *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, cit., p. 242, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 334 e ss., GAERTNER, *Das gerichtliche Schutz*, cit., p. 12, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 64, ou WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 56.

⁹⁸⁵ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 336, embora arrazoe que a motivação da norma papal (“*Saepe... effectum*”) não distingue entre o direito civil e o canónico, não deixa de admitir que essa omissão é estranha e difícil de compreender. Pela nossa parte, ela ajuda a demonstrar que X.2,13,18 não quis beliscar a *condictio ex C. 3, q.1, c.3* e pretendeu, sim, terminar com uma injustiça a que conduzia o regime do *interdictum unde vi* (que a Glosa Ordinária continuava a prever como meio de restituição). É certo que a Decretal apenas visou os terceiros de má fé, quando o podia ter feito em relação a qualquer um, como já fazia a *condictio* (RUFFINI, ob. cit., p. 349), mas daí a vislumbrar-se uma derrogação da última vai um salto lógico que não encontra explicação firme nas fontes. Estender o *interdictum* até ao ponto em que fossem expurgadas as injustiças deste não implica, forçosamente, restringir a *condictio* aos mesmos limites. Por que restringiria Inocêncio III um meio de restituição que, embora sendo mais lato, não dava azo aos problemas (identificados na própria Decretal) que se visava resolver?

⁹⁸⁶ Sobre o ponto, MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 150-152.

⁹⁸⁷ Vide BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 222; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 151.

⁹⁸⁸ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. II, cit., col. 642.

canone Redintegranda (a qual poderia conduzir à condenação de quem desconhecia aquele facto): “*Sic ergo solus ille potest conveniri conditione ex canone isto, qui scienter recipit rem alienam (...) sed si ignoranter recipit, conveniatur conditionem ex illo canone 3. q.1 redintegranda*”⁹⁸⁹.

Como conclui MASMEJAN, destes elementos retira-se uma opinião no sentido da compatibilidade entre X.2,13,18 e a *condictio*, embora se distinguissem pelos respectivos âmbito de aplicação e legitimidade passiva: a tutela possessória concedida ao abrigo da Decretal *Saepe contingit* aplicava-se às causas civis e eclesiásticas, dirigindo-se apenas contra o terceiro que conhecesse o esbulho; a *condictio ex canone Redintegranda*, era exclusiva das causas eclesiásticas (como resulta da glosa *Interdictum*) e podia ser intentada contra qualquer detentor, mesmo que ignorasse a espoliação⁹⁹⁰.

Diferentemente, no seu comentário ao *Liber Extra*, o Papa INOCÊNCIO IV defendeu que o cânone *Redintegranda* não fundamentava qualquer meio processual autónomo⁹⁹¹.

Para o Pontífice, X.2,13,18 permitia exigir a restituição a quem tinha conhecimento do esbulho, mas, se o ignorasse, a solução seria a contrária (“*secus esse*”) e não haveria lugar à outorga do *interdictum unde vi*, o que não era prejudicado por C. 3, q.1, c.3: “*bene dicit si scienter accepit, quod tenetur restituere per conditionem ex hac constitutione, nam si ignoranter accepisset, secus esset [D.43,16,7]. nec contradicit c. 3. quaestio. 1. reintegranda*”⁹⁹².

Por outra banda, perante situações de coacção ou de dolo, seriam aplicáveis as correspondentes *actiones* e não a *condictio ex canone Redintegranda*: “*In rebus autem ecclesiasticis dixerunt quidam contra quemlibet agi posse per interdictum unde vi, vel ad minus conditione ex canone. [3].*⁹⁹³ *q.1 reintegranda (...) Sed nos hoc non dicimus & intelligimus hoc. c. reintegranda, & alia iuria, quae pro eis facere videntur, quod omnia sunt spoliatis restituenda, non conditione ex canone, vel interdicto unde vi, sed*

⁹⁸⁹ *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. II, cit., col. 646. Acompanhamos MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 152.

⁹⁹⁰ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 152.

⁹⁹¹ Cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 223 e ss.; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 338 e ss.; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 65; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 152-153 e 188-190.

⁹⁹² *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X. 2,13,18, n° 2, fl. 236.

⁹⁹³ Na edição que consultámos é referida a *Causa 2*, o que certamente se deve a um lapso. Veja-se, aliás, a correcção feita por MASMEJAN, ob. cit., p. 188, nota 782, que usou a mesma versão.

*alijs, competentibus actionibus, puta si dolo contraxit actionem de dolo, si metu, actionem quod metus causa, & sic de alijs*⁹⁹⁴.

Ao comentar X.2,13,18, INOCÊNCIO IV acabava, desta forma, por atribuir um papel muito diminuto à restituição derivada do cânone *Redintegranda*, reconhecendo-a, tão-só, nos casos em que a *restitutio* era pedida através da *actio quod metus causa*, ainda que contra um terceiro que desconhecia o esbulho (“*Vel dic, si quis daret libellum, sub quo posset comprehendi actio quod metus causa, per quam advocatur res ab eo, qui metum non timuit (...) peto restitutionem possessionis talis rei quae mihi per metum est ablata, credemus posse ferri sententiam contra possidentem, quamvis non spoliasset, nec rem scienter a spoliatore recepisset, & sic intelligitur. c. reintegranda*”)⁹⁹⁵. Isto é, a restituição nos termos de C. 3, q.1, c.3 estava reduzida aos limites da *actio metus*⁹⁹⁶.

A posição de INOCÊNCIO IV não prevaleceu⁹⁹⁷.

GODOFREDO DE TRANO apresentava a *condictio ex canone Redintegranda* como um expediente processual autónomo de carácter geral, que visava a restituição de *res* próprias ou da Igreja perdidas por qualquer causa injusta e que, ao contrário de X.2,13,18, podia ser dirigido contra quem não conhecia a espoliação. O Cardeal acrescentava que não considerava prudente intentar a *condictio* baseada em X.2,13,18, dadas as dificuldades de provar a alegação de que outrem tinha conhecimento de algo, sendo mais segura a via *ex canone reintegranda* (“*Condictione vero illo canone iii. q. i. reintegranda. agitur generaliter adversus possessores rem quas aliquis noscitur perdidisse quacunque condicione temporis. aut captivitate. aut dolo. aut violentia maiorum & per quascunque iniustas causas (...) Sed inter canonem & decre. differentiam est notanda. Nam canon ille. reintegranda generalis est qualiter cumque & quomodocunque quis amiserit rem propriam vel ecclesie apud quemcumque & in quocumque loco fuerit constituta. decre. illa sepe contingit [contingint]. requirit scientiam sucessoris. ut cum quis sciente a spoliatore rem receperit violentiam (...) Veruntamen cum is qui scientiam allegat probare habeat ut [D.22,3,21] grave sit probare scientiam alienam. non reputum cautum agi conditione ex illa decret. sepe contingint. puto tamen esse tutum agi officio iudicis ex canone reintegranda*”^{998,999}).

⁹⁹⁴ *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X. 2,13,15, n° 6, fl. 234 verso.

⁹⁹⁵ *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X.2,13,18, n° 2, fl. 236.

⁹⁹⁶ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 340.

⁹⁹⁷ Por todos, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 340 e ss. e 350 e ss., e MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 153-154.

⁹⁹⁸ *Summa per Titulis Decretalium*, Neudruck der Ausgabe Lyon 1519, Scientia Verlag, Aalen, 1969, ad X. 2,13, n° 5, fl. 96.

Pode concluir-se que era perfilhada a mesma solução das Glosas Ordinárias ao Decreto de Graciano e às Decretais¹⁰⁰⁰, inclusive no que respeitava ao âmbito de aplicação do instituto: parece claramente que, ao referir as coisas do espoliado ou da Igreja (“*rem propriam vel ecclesie*”), GODOFREDO estava a limitar a *condictio ex canone Redintegranda* ao campo eclesiástico, pois não faria sentido um laico pedir, perante a jurisdição canónica, a restituição de bens da Igreja¹⁰⁰¹.

O Cardeal HOSTIENSE não diferia de GODOFREDO DE TRANO, que citava amplamente¹⁰⁰². O *interdictum unde vi* não era concedido senão contra o espoliador, com excepção dos casos em que o terceiro que recebeu a coisa tivesse conhecimento do vício (por força de X. 2,13,18): “*Interdictum unde vi (...) non datur nisi contra illum qui deiecit (...) nisi contra illum qui a spoliatore rem scienter recepit. infra. [X. 2,13,18]*”¹⁰⁰³. Já a *condictio ex canone Redintegranda* podia ser intentada contra qualquer possuidor: “*Secundum canones vero quilibet possessor tenetur/ vel condictione ex canone. iii. q.1. reintegranda*”¹⁰⁰⁴.

Um pouco mais à frente, a *condictio* aflorava ao lado do *interdictum* em matéria eclesiástica – se o último não pudesse ser utilizado “*in rebus ecclesiasticis*”, pelo menos haveria lugar àquela (“*In rebus ecclesiasticis competit secundum quosdam interdictum unde vi. vel ad minus condictio ex canone iii. q.1. reintegranda*”) ¹⁰⁰⁵.

HOSTIENSE opunha-se, ainda, ao afastamento do *interdictum* e da *condictio*, preconizado por INOCÊNCIO IV quando existissem *actiones* como as de dolo ou de medo. Pelo contrário, afirmava que esses expedientes eram necessários se a restituição não fosse conseguida através das acções especiais, atribuindo-lhes, no fundo, carácter subsidiário¹⁰⁰⁶: “*Veruntamen dominus noster non concedit hic & quod dicit reintegranda. & alia iura per eis inducta. scilicet. quod omnia sunt spoliator restituenda: intelligit non interdictum unde vi/nec condictione ex canone: sed aliis actionibus competentibus, puta si dolose inductus fuit ad contrahendum/actione de dolo, si metu: actione quod metus causa: & sic de aliis (...) quod ad possessionem*

⁹⁹⁹ Cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 220-221 e 227-228, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 351-352, e MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 190.

¹⁰⁰⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 64-65.

¹⁰⁰¹ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 191.

¹⁰⁰² *Summa Aurea*, cit., ad X. 2,13, n° 6, fls. 108 verso-109.

¹⁰⁰³ *Lectura Sive Apparatus Domini Hostiensis Super Quinque Libris Decretalium*, I, Johannes Schottus, Argentine, 1512, ad X. 2,13,15, fl. 277.

¹⁰⁰⁴ HOSTIENSE, *Lectura Sive Apparatus*, cit., ad X.2,13,15, fl. 277.

¹⁰⁰⁵ HOSTIENSE, *Lectura Sive Apparatus*, cit., ad X.2,13,15, fl. 277 verso.

¹⁰⁰⁶ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 192.

*suam recuperandam non occurrit actio prodita specialis? Utique praedicta auxilia necessaria erunt...*¹⁰⁰⁷.

Para fazer face à espoliação, DURANTIS identificava oito *remedia* (“*octo sunt remedia spoliatis a iure concessa*”)¹⁰⁰⁸. O quarto era a *condictio* concedida de acordo com o cânone *Redintegranda*, que tinha carácter geral e, ao contrário de X.2,13,18, era outorgada contra qualquer possuidor: “*Quartum est condictio ex canone illo. iii. q. i redintegranda (...) quod praedictus canone generalis est, & datur contra omnes possessores*”¹⁰⁰⁹.

Certo é que o contributo do canonista francês se afigura de interpretação particularmente difícil, já que noutro ponto da mesma obra seguia a doutrina expendida por INOCÊNCIO IV¹⁰¹⁰. Mas, como veremos mais à frente a propósito da tutela da mera detenção, DURANTIS reconheceu alguma autonomia à *condictio*.

Endossando a opinião de GODOFREDO DE TRANO, JOÃO ANDRÉ aconselhava a instauração da *condictio ex canone Redintegranda*, para se evitarem as dificuldades de prova do conhecimento do vício inerentes a X.2,13,18 (“*cum haec decretale requirat scientiam, & quis allegam probare debet (...) & grave sit eam probare, laudo quod, quod proponas conditionem ex canone, reintegranda, Goff. quae praeferenda est omnibus iuribus, & omnibus temporalibus...*”)¹⁰¹¹. No mesmo sentido ia GUIDO DE BAYSIO (“*Sed cum is qui scientiam allegat probare habeat (...) & grave sit probare scientiam alterius laudat ibi Goffre. quod proponas conditionem ex isto canone reintegranda: quia generalis est & locum habet qualitercumque quis rem propriam vel ecclesiam ubicumque & apud quemcumque fuerit*”)¹⁰¹². Ou seja, mais uma vez está presente um acção autónoma, distinta dos tradicionais meios processuais recuperatórios¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁷ *Lectura Sive Apparatus*, cit., ad X. 2,13,15, fl. 277 verso.

¹⁰⁰⁸ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. II, *De restitutione spoliatorum (Nota quod)*, nº 11, p. 149. Cf. RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 351.

¹⁰⁰⁹ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. II, *De restitutione spoliatorum (Nota quod)*, nº 13, p. 150.

¹⁰¹⁰ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. II, *De restitutione spoliatorum (Verum)*, nº 2, p. 155: “... quemcumque spoliatorem transferat, tenetur possessorem restituere condictio ex [X. 2,13,18]. *Quod verum est si scienter rem recipit: ut ibi dicitur: secus, si ignoranter [D. 43,16,7]. Nec obstat iii. q. i. redintegranda...*”. Assinala a contradição MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 193.

¹⁰¹¹ *In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, cit., ad X. 2,13,18, nº 5, fl. 89 verso.

¹⁰¹² *Enarrationes Super Decreto*, Apud Hugonem a Porta, Lugduni, 1549, ad C. 3, q.1, c. 3, nº 2, fl. 157.

¹⁰¹³ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 194.

O triunfo completo da corrente que desentranhava de C. 3, q.1, c.3 uma protecção possessória específica (e que acabou por extravasar o domínio canónico) está patente nos escritos de dois Autores dos finais da Idade Média: GILLES DE BELLEMÈRE e o Abade PANORMITANO¹⁰¹⁴.

Em comentário ao Decreto de Graciano, BELLEMÈRE admitia que, *de iure*, só os Bispos espoliados (por qualquer forma) tinham direito ao benefício do cânone *Redintegranda*, contra qualquer possuidor: “*beneficio huius. canone reintegranda (...) si quaerimus de iure, dico quod datur Episcopis (...) quomodolibet spoliatis contra quoslibet possessores (...) nec competit nisi episcopis*”¹⁰¹⁵.

Formara-se, porém, um costume judicial contrário, que o estendera a todos os eclesiásticos e, até, aos leigos (“*De consuetudine autem su quaeritur (...) in palatio autem apostolico auditores advocati procuratoris & notarii eiusdel palatii ex quadam consuetudine, cuius initii memoria non extabat, pro determinato habebant, quod beneficium huius canone ad omnes personas ecclesiasticas extendi debebat; sed & multi inter eos illud ad omnes seculares & laicos extendebat...*”)¹⁰¹⁶. Como “*consuetudo es legitima legum interpret*”, o canonista francês acolhia o amplo *remedium*: “*Ideo finaliter videtur tutius sequie um, quia consuetudo es legitima legum interpret*”¹⁰¹⁷.

Também PANORMITANO verificava a aceitação generalizada (“*hodie communis*”) do *remedium ex canone Redintegranda* como expediente distinto dos outros *remedia* possessórios e que podia ser dirigido mesmo contra quem desconhecesse o *vitium*: “*... ex ea gl. quod c. reintegranda, inducit specificum remedium circa recuperationem possessionis separatam, & distinctum ab aliis remediis possessorii (...) illius canone (...) inducta novum & specificum remedium possessorium contra quemlibet possessorem, etiam non vitiosum, & iste intellectus videtur hodie communis (...) conditionem canonis compete contra quemlibet possessorem, etiam ignorantem...*”¹⁰¹⁸.

Sedimentada, pois, uma nova acção de restituição contra todo aquele que detivesse a *res*¹⁰¹⁹, focaremos, agora, o respectivo aspecto material que mais interessa

¹⁰¹⁴ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 344-346.

¹⁰¹⁵ *Commentaria in Gratiani Decreta*, Ad Salamandrae, apud Sennetonios fratres, Lugduni, 1550, ad C. 3, q.1, c. 3, nº 15, fl. 166 verso.

¹⁰¹⁶ *Commentaria in Gratiani Decreta*, cit., ad C. 3, q.1, c. 4, nºs16-17, fl. 166 verso.

¹⁰¹⁷ *Commentaria in Gratiani Decreta*, cit., ad C. 3, q.1, c. 4, nº18, fl. 166 verso.

¹⁰¹⁸ *Commentaria Primae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Apud Iuntas, Venetiis, 1591, ad X. 2,13,15, nºs 25-26, fl. 191 verso.

¹⁰¹⁹ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 196.

ao nosso objecto de estudo: a tutela da mera detenção em sede da *condictio ex canone Redintegranda*¹⁰²⁰.

A solução da Glosa Ordinária ao Decreto de Graciano foi especialmente seguida pelos canonistas cronologicamente mais próximos, que negaram protecção às situações de detenção, como perpassa das obras de GODOFREDO DE TRANO (que repetia as excepções ao princípio da restituição presentes na Glosa: “... *generaliter restituendum spoliatum esse (...) hoc tamen fallit in multis casibus (...) Item si ex gratia vel precario quod possedit (...) Item si possedit ut colonus (...) Item si is, qui dicit se eiectum non habuit possessionem iuris...*”)¹⁰²¹, HOSTIENSE (“*In casibus autem restitutio denegatur (...) Item non restituitur is qui sub conditione possidebat (...) Item nec is qui de gratia vel precario possidebat (...) non restituitur, si ut colonus quis possedit, [D.43,16,18 pr.] possunt autem hi casus vel maior pars his versibus denotare: (...) Qui fore possessore nequit, hi non restituuntur*”)¹⁰²² e DURANTIS, para quem a regra geral era a da não concessão do meios de restituição da *res* aos detentores, pois não tinham a “verdadeira posse” (“... *quibus restitutio denegatur (...) cum spoliatus non habuit veram possessionem, sed solum detentationem*”)¹⁰²³, embora admitisse a protecção do depositário e do comodatário por via do cânone *Redintegranda* (“*Sed nunquid depositarius vel commodatarius, cui res deposita vel commodata aufertur, poterit petere restitutionem (...) restitutionem petens debet probare possessionem & deiectionem (...) Sed dic quod potest per conditionem ex canone illo iii. q.i. redintegranda*”)¹⁰²⁴. Esta tutela do “*depositarius vel commodatarius*” tinha carácter excepcional¹⁰²⁵, dada a clareza com que o Autor negava a restituição a quem não tivesse a *vera possessio* e apenas fosse detentor¹⁰²⁶, mas demonstra que na concepção de DURANTIS cabia um campo de aplicação autónomo para a *actio* derivada de C. 3, q.1, c.3.

¹⁰²⁰ Cf., a propósito, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 231, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 355-356 (que alerta para a escassez, quando não a falta, de desenvolvimento da questão pela doutrina canonística), e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 65-66.

¹⁰²¹ *Summa per Titulis Decretalium*, cit., ad X. 2,13, n° 2, fls. 95-95 verso.

¹⁰²² *Summa Aurea*, cit., ad X. 2,13, n°s 3-4, fls. 108-108 verso.

¹⁰²³ Recorde-se *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. II, Partic. I, *De petitorio, & Possessorio, & Spoliatione (Quoniam)*, pr-n° 1, p. 527.

¹⁰²⁴ *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. II, Partic. I, *De petitorio, & Possessorio, & Spoliatione (Superest)*, n° 13, p. 523.

¹⁰²⁵ O que é assinalado por MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 193. Vide, outrossim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 66.

¹⁰²⁶ Parece-nos, desse modo, que não é de seguir BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 231, para quem do passo em causa se retira uma tutela genérica dos detentores.

Assinale-se, porém, que já no século XIII, após negar a concessão do *interdictum unde vi* a quem não fosse possuidor, JOÃO DE DEUS admitia a tutela da *condictio ex canone Redintegranda* a favor de todo aquele que fosse esbulhado: “...*interdictum de vi & vi armata (...) non datur nisi ei qui possidet, & tunc eijciatur* [D.43,16,1] (...) *omnis eiectus potest recuperare possessionem conditione ex (...) 3.q.1.Redintegranda...*”¹⁰²⁷. É lícito concluir, pois, que aquele canonista (possivelmente o mais importante jurista português da Idade Média)¹⁰²⁸ se referia à hipótese de ser ordenada a restituição da *res* ao mero detentor (abrangido pelo conceito de “*omnis eiectus*”) ¹⁰²⁹.

ANTÓNIO DE BUTRIO defenderia explicitamente essa possibilidade (“...*condictio ex canone: non solum datur possessionibus: sed etiam detentoribus...*”) ¹⁰³⁰ que, segundo ANTONIO GIOVANNI SANGIORGIO, também fora acolhida pela praxe forense da Igreja.

“*In palatio apostolico praticatur, quod etiam non probata possessione plena, sed aliquo actu possessionis vel detentionis, pronunciant restituendo taliter agentem ad statum, quem in re prius habebat, etiam si momento habuisset, vel fuisset in illo statu*”, atestava o Cardeal SANGIORGIO, que seguidamente procedia à interpretação extensiva da palavra “*suas*” constante do cânone *Redintegranda*, de molde a abranger a “*mera detentatio*”: “*Quod hic capitur verbum «suas» late etiam respectu detentionis. Ideo et depositarius et commodatarius, cuius res deposita aut commodata aufertur, potest pro recuperatione uti remedio huius canonis. Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium, nec possessionem, sed meram detentionem, competit hoc remedium*”¹⁰³¹.

¹⁰²⁷ *Cavillationes Seu Cautellae Domini Ioannis de Deo, Quae Doctrina Advocatorum, Partium & Assessorum, dici possunt, opus omnibus, in iure versantibus utilissimum*, in “*Tractatus Cautelarum Omnium, Sive Cautiorum, Ex Diversis Tam Veterum Quam Recentiorum Jurisconsultorum Monumentis Coacervatus*”, Sumptibus Philippi Tinghi Florentini, Lugduni, 1577, Lib. III, Cap. VI, n.ºs 51-52, p. 321.

¹⁰²⁸ Assim, PAULO MERÊA, *Domingos Domingues, Canonista Português do Século XIII*, in BFDUC, 1967, pp. 223 e ss., e ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 255, onde se podem encontrar as pertinentes referências bibliográficas.

¹⁰²⁹ Neste sentido, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 356.

¹⁰³⁰ *Super Secundo Libro Decretalium*, I, In Edibus Ioannis & Gregorii de Gregoriis Fratrum, Venetiis, 1502, ad X.2,13,18, fl. 174. Sobre este contributo de ANTÓNIO DE BUTRIO, cf. RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 356.

¹⁰³¹ ANTONIO GIOVANNI SANGIORGIO. *In Secundam Decretorum Partem Commentaria*, Apud Iuntas, Venetiis, 1579, ad C. 3, q.1, c.3, fls. 123 e ss.. Cf. RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 356 e 360.

Merece referência, ainda, o *officium iudicis*¹⁰³², reconhecido pela canonística como meio subsidiário de prevenção de locupletamentos injustos, à luz de considerações de equidade (“... *nec eum tenetur interdictum unde vi nisi qui is deiecit (...) Respondetur non agitur hic interdictio: imo ex vi appellationis officium iudicis imploratur. nam & contra illum ad quem qualitercumque/sine iusta causa res aliena pervenerit: secundum canones officium iudicis generaliter intentatur (...) contingit hoc ex equitate naturali: secundum quam etiam secundum leges nemo locupletior debem fieri cum aliena iactura...*”)¹⁰³³: mediante a respectiva *imploratio*, o prejudicado podia dirigir-se ao juiz quando nenhuma *actio* ou *condictio* estivessem ao seu dispor (“*Loco actionis proponitur, ubi non superest alia actio...*”¹⁰³⁴; “*Iudicis officium loco principalis actionis proponitur, cum alia actio ordinaria deficit...*”¹⁰³⁵).

O *officium iudicis* surgia como justificação das extensões da tutela possessória presentes na *condictio ex X.2,13,18*¹⁰³⁶, na acção de recuperação de *res* de quem esteve ausente¹⁰³⁷, bem como em outros meios processuais¹⁰³⁸. Mas foi utilizado também, tal como se verificava entre a Escola de Bolonha, para fundamentar a protecção do simples detentor expulso¹⁰³⁹, conforme decidiu a Rota Romana perante uma evicção durante a pendência da lide: “*Nota quod ubi aliquis tenet beneficium reservatus quod si talis expellatur de beneficio sibi non datur interdictum: qui sicut reservatio afficit beneficium ita possessionem (...) tamen daretur officium iudicis si esset expulsus litem pendente in*

¹⁰³² Consultem-se, por exemplo, MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 174, e GILLES COUVREUR, *Les Pauvres Ont-Ils des Droits? Recherches Sur le Vol en Cas d'Extrême Nécessité, Depuis la Concordia de Gratien (1140) Jusqu'à Guillaume d'Auxerre (†1231)*, Analecta Gregoriana, Editrice Università Gregoriana, Roma, 1961, pp. 109 e ss..

¹⁰³³ HOSTIENSE, *Lectura Sive Apparatus*, cit., ad X.2,28,51, fl. 420 verso.

¹⁰³⁴ HOSTIENSE, *Summa Aurea*, cit., ad X.1,32, n° 3, fl. 68 verso.

¹⁰³⁵ DURANTIS, *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. I, Partic. I, *De officio omnium iudicum (Iudicis)*, pr., p. 133.

¹⁰³⁶ Assim, por exemplo, a glosa *Interdictum ad X.2,13,15 (Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. II, cit., col. 642: “*Item conveniri potest quilibet possessor iudicis officio. arg. infra. (...) vel conditione ex illa [X.2,13,18]”* e DURANTIS, *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. I, Partic. I, *De officio omnium iudicum (Iudicis)*, n° 9, p. 135 (“*Item imploratur [officium iudicis], cum agitur (...) [X.2,13,18]*”).

¹⁰³⁷ Relembre-se a Glosa Ordinária ao Decreto de Graciano, glosa *Quidam episcopus* ao intróito da *Causa 3 (Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani*, cit., col. 946). Vd., bem assim, v.g., GODOFREDO DE TRANO, *Summa per Titulis Decretalium*, cit., ad X.2,13, n° 5, fl. 96 (“*Judicis officio petitur restitutio cum aliquis propter absentiam perdit rem sua de qua agitur*”).

¹⁰³⁸ Cf., quanto a esses expedientes de que não curámos nas páginas anteriores, as indicações de MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 173-174.

¹⁰³⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 66, nota 80.

quo quidem officio non requeritur possessio: sed sufficit quod quis tempore expulsionis detineat...”¹⁰⁴⁰.

Com razão adverte GENIUS¹⁰⁴¹ que a citada decisão não se referia à *condictio ex canone Redintegranda*, como pressupõem BRUNS¹⁰⁴² e RUFFINI¹⁰⁴³. Mas, na verdade, as fronteiras entre os institutos eram ténues, não faltando construções que viam a *condictio* como fruto do *officium* – como já observámos, GODOFREDO DE TRANO referia-se ao “*officio iudicis ex canone reintegranda*”¹⁰⁴⁴ e, no mesmo sentido, DURANTIS indicava a *imploratio* do ofício do juiz com o objectivo de se agir através da *condictio* (“*Item imploratur [officium iudicis], cum agitur condictione ex canone. iii. q.i. redintegranda*”)¹⁰⁴⁵.

A tutela *pendente lite* da posse foi, precisamente, uma das áreas em que o recurso ao ofício do juiz se mostrou mais intenso, quer através do *summariissimum*, quer pela concessão de uma acção provisória de recuperação da coisa esbulhada ou de cessação da turbação¹⁰⁴⁶.

O *summariissimum*¹⁰⁴⁷ era o procedimento que visava definir a situação possessória enquanto a instância principal estivesse pendente. Trataremos dele porque, como será visto adiante, a doutrina acabou por o conceder ao detentor¹⁰⁴⁸.

O Papa INOCÊNCIO IV, ao comentar X.2,19,8, referia-se ao risco da prática de actos de violência, os quais podiam ser prevenidos pelo juiz através da proibição de acesso à *res* – e isto mesmo que as partes não invocassem a posse, mas alguma delas estivesse prestes a adquiri-la (“*Si autem est ibi timor armorum compescat eos iudex, &*

¹⁰⁴⁰ *Decisiones Rote Nove et Antiquae cum Additionibus Casibus Dubiis et Regulis Cancellarie Apostolice. Diligentissime Emendate*, Stephano Sueynard, Lugduni, 1515, fl. 121 (apesar de não estar numerada, trata-se da *decisio antiqua* 56).

¹⁰⁴¹ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 66, nota 80.

¹⁰⁴² *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 231

¹⁰⁴³ *L'Actio Spolii*, cit., p. 388.

¹⁰⁴⁴ GODOFREDO DE TRANO, *Summa per Titulis Decretalium*, cit., ad X. 2,13, n° 5, fl. 96.

¹⁰⁴⁵ DURANTIS, *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. I, Partic. I, *De officio omnium iudicum (Iudicis)*, n° 9, p. 135.

¹⁰⁴⁶ Cf. MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 286 e 300.

¹⁰⁴⁷ A expressiva designação remonta, pelo menos, ao século XVI, embora não fosse a única: “*Hoc iudicii genus praeparatorium iudicii possessorii principis atque; plenarii recte appellat (...) Alii iudicium summariissimum possessorium nominant...*” – GIACOMO MENOCHIO, *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, Apud Ioan. de Tournes, & Iac. de la Pierre, Coloniae Agrippinae, 1629, *De Retinendae possessione, Ultimum Retinendae possessionis remedium, ex Iudicis officio*, n°s 3 e 4, p. 183. Cf. MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 310, e LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 924, nota 190.

¹⁰⁴⁸ *Infra*, II.1.1.3.2 e II.1.2.2.2.

inhibeat ne aliquis eam privatim intret (...) & eodem modo prohibebit iudex, si neuter dicit se possidere, sed si uterque cum armis festinet accipere possessionem)¹⁰⁴⁹.

Assim, se fosse invocada a posse, o *iudex* deveria decidir, *ex officio*, sem mais formalidades e sem dependência de libelo, quem possuía: “... *iudex qui prohibuit ingressum illius possessionis ex officio suo de plano & sine libello cognoscet quis possidet quando uterque dicit se possidere*”¹⁰⁵⁰. INOCÊNCIO IV convocava a opinião de H.¹⁰⁵¹, embora desse nota de que outros entendiam que devia haver audiência ordinária em sede de *interdictum uti possidetis*: “*hoc dixit H. alii tamen dicunt, quod ordinarie tantum audiendi sunt super interdicto [D.43,17,1]*”¹⁰⁵².

Se não fosse invocada a posse, mas alguma das partes quisesse adquiri-la antes da outra (“*Sed si neuter dicit se possidere, sed tamen uterque primo adire vult*”), o Pontífice declarava que “*tunc primo debet cognoscere inspecto testamento, quis habet potiora iura*”, isto é, o juiz deveria analisar o testamento¹⁰⁵³ para saber qual delas teria melhor direito.

BRUNS entende que nada no comentário de INOCÊNCIO IV permite concluir que se tratava de um processo sumário e provisório, incluindo a contraposição entre “*ordinarie*” e “*de plano & sine libelo*”. Tratar-se-ia, apenas, de uma acção possessória ordinária, instruída sem libelo ao abrigo do *officium iudicis*¹⁰⁵⁴.

MASMEJAN argumenta, pelo contrário e a nosso ver com razão, que estava presente uma acção distinta do processo ordinário onde era proferido o *interdictum*. INOCÊNCIO IV pretendia, com a primeira, que se determinasse quem possui no momento da pendência da acção (“*cognoscet quis possidet*”) e não averiguar a posse *nec vi nec clam nec precario* pressuposta por D.43,17,1 pr. para o *interdictum uti possidetis*¹⁰⁵⁵, o que é confirmado pelo facto de o processo instruído ao abrigo do *officium iudicis* nunca ser qualificado como *interdictum uti possidetis*¹⁰⁵⁶. É evidente,

¹⁰⁴⁹ *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X. 2,19,8, nº 2, fl. 249.

¹⁰⁵⁰ *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X. 2,19,8, nº 2, fl. 249.

¹⁰⁵¹ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 234, nota 2, questiona se se tratará de HUGOLINO ou de HUGÚCIO; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 303, vota pela segunda hipótese, sem sequer colocar o problema.

¹⁰⁵² *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X. 2,19,8, nº 2, fl. 249. Alertando para esta divergência doutrinária, MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 303.

¹⁰⁵³ X.2,19,8 trata de uma disputa ocasionada por uma sucessão *mortis causa*.

¹⁰⁵⁴ *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 233-234.

¹⁰⁵⁵ *La Protection Possessoire*, cit., p. 304.

¹⁰⁵⁶ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 304.

com efeito, que se distinguiu entre “*ordinarie tantum audiendi sunt super interdictum*” e o processo *ex officio*¹⁰⁵⁷.

Na súmula de MASMEJAN, “*Nous sommes donc en présence d’ un moyen nouveau, créé par la doctrine et la pratique et destiné à déterminer le statut de la possession lite pendente*”¹⁰⁵⁸.

INOCÊNCIO IV foi seguido por HOSTIENSE, DURANTIS, JOÃO ANDRÉ¹⁰⁵⁹ e BALDO (também ele, como é sabido, um cultor do direito canônico)¹⁰⁶⁰. Daremos especial atenção ao último porque, embora adote a doutrina do Pontífice (“*Dicit Inn. quo si unus ex heredibus dicit se esse in possessione & alius negat eum heredem ac possidere quod iudex ex officio absque libello inquiret an & quis possideat quod constituto debet prohibere non possessori ne ullo modo ad possessionem accedat (...)* *Idem ait quod si neuter dicit se possidere & uterque parat se cum armis possessione accipere beatus qui prevenit...*”)¹⁰⁶¹, demonstrava cabalmente, num dos seus *consilia*, que tinha presente um expediente processual de natureza provisória (“*possessio est sibi confirmanda interim*”), que não prejudicava a questão principal relativa à propriedade (“*salva domini quaestione*”): “*...qui praevenit in possidendo, debet in possessione defendi, donec alius de iure suo doceat, iudicio super hoc legitime instituto (...)* & sunt verba Inno. ad literam [X.2,19,8]. *Cum ergo d. Beltramus praevenit in possidendo, non debet in possessione molestari, nedum possessionem privari, nisi agatur contra eum petitorio (...)* unde *possessio est sibi confirmanda interim salva domini quaestione*”¹⁰⁶².

A propósito da acção provisória de recuperação da coisa esbulhada ou de cessação da turbação, quando o esbulho ou a *turbatio* ocorressem *lite pendente*, apresentaremos ilustrativamente as exposições de HOSTIENSE, JOÃO ANDRÉ e BALDO¹⁰⁶³.

Segundo HOSTIENSE, a parte do pleito que visse alterado o estado de coisas durante a pendência da lide podia implorar a sua reposição através do *officium iudicis*,

¹⁰⁵⁷ Também neste sentido, LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 924, nota 189.

¹⁰⁵⁸ MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 304.

¹⁰⁵⁹ Cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 235-236, e MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 305-306.

¹⁰⁶⁰ Sobre o contributo de BALDO nesta matéria, MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 307-308.

¹⁰⁶¹ *Super Decretalibus*, Lugduni, 1564, ad X. 2,19,8, n° 3, fl. 168 verso.

¹⁰⁶² *Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Tertium*, Apud Dominicum Nicolinum, & Socios, Venetiis, 1580, *Consilium CCXLIII*, n° 1, fl. 69.

¹⁰⁶³ Vide MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 316-318.

sem as peias da normal *ordo iuris* e dispensando-se libelo: “*Sed si lite pendente spoliatur quis, sicut spoliatus est, ordine iudiciario non servato, sic restituendus erit, iuris ordine non servato, dummodo de his duobus fidem faciat, scilicet quod immutata sit, & quod facta sit immutatio, lite pendente (...) non ergo porrigetur libellus, sed de plano intentatibur officio iudicis...*”¹⁰⁶⁴.

JOÃO ANDRÉ seguia aquele canonista: “... *dicit Hostiensis (...) nedum illa quae post litem contestatam, sed quae ante saltem post citat, attentantur, sunt sine libelo aliquo ex puro e mero officio iudicis in statum pristinum revocanda & melius reformanda...*”¹⁰⁶⁵.

BALDO também reconhecia um dever do *iudex* de proceder, durante o processo principal¹⁰⁶⁶, à reconstituição do estado anterior ao esbulho, invocando para o efeito D.7,1,13,3¹⁰⁶⁷: “*utraque probavit de possessione, sed non expecta sententia pars que erat potentior armis expulit adversarium quaeritur quid iuris? (...) litem pendente nihil debuit innovare, & ideo iudex debet reponere expulsum in pristinum statum donec iudicetur de proprietate, argumentum [D.7,1,13,3]*”¹⁰⁶⁸.

Como se viu com a citada decisão da Rota Romana¹⁰⁶⁹, a jurisdição da Igreja reconheceu tal restituição da coisa esbulhada *pendente lite*, inclusive concedendo-a ao mero detentor. O *officium iudicis* voltava a ser um dos meios privilegiados de protecção do arrendatário, obstando aos rigores do direito romano. A ele se juntou, graças aos desenvolvimentos do direito canónico renovado, a acção derivada do cânone *Redintegranda*, também designada *actio spoli*¹⁰⁷⁰.

Com efeito, assinalámos acima que, v.g., GODOFREDO DE TRANO e DURANTIS concebiam o *remedium* canónico como fruto do *officium iudicis*¹⁰⁷¹. Na esteira de GODOFREDO, GUIDO DE BAYSIO descreveu cristalinamente a

¹⁰⁶⁴ *Summa Aurea*, cit., ad X. 2,16 (*Ut lite pendente nihil innovetur*), nº 3, fl. 114 verso.

¹⁰⁶⁵ *In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, cit., ad X. 2,16,1, nº 4, fl. 104.

¹⁰⁶⁶ Respeitante, *in casu*, à titularidade do direito de propriedade.

¹⁰⁶⁷ “*Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Iulianus libro trigensimo octavo digestorum scribit aequissimum esse quasi communi dividendo iudicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur: cur enim, inquit Iulianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere? Quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo digestorum probat, et ego puto veram*”: se houvesse litígio judicial entre dois usufrutuários, o pretor devia usar a sua *iurisdictione* para prevenir rixas através de uma acção de divisão de coisa comum ou de *stipulatio* em que se garantisse como se fruía.

¹⁰⁶⁸ BALDO, *Super Decretalibus*, cit., ad X.2,19,9, nº 35, fl. 172.

¹⁰⁶⁹ *Decisiones Rote Nove et Antiquae*, cit., fl. 121.

¹⁰⁷⁰ Sobre esta designação, que parece remontar ao século XVI, remete-se para RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 391-394.

¹⁰⁷¹ Respectivamente, *Summa per Titulis Decretalium*, cit., ad X. 2,13, nº 5, fl. 96, e *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. I, Partic. I, *De officio omnium iudicum (Iudicis)*, nº 9, p. 135.

proximidade do cânone ao ofício do juiz, como meio subsidiário de restituição (ou seja, “*in casibus in litera non patentibus*”): “*Et nota [GODOFREDO] quod cum clericus dicit se amisisse rem ecclesie vel suam in casibus in litera non patentibus, secundum simplicitatem iuris canonici petit restitutionem per officium iudicis, & in hoc casu requiritur contestatio litis, & sic consuevit intelligi hoc canone reintegranda*”¹⁰⁷².

Parece inegável, desta forma, que a *actio spoli* comungava da ideia de equidade que já presidira, embora em moldes menos amplos, à construção do *officium iudicis* como *remedium* recuperatório pela Escola dos Glosadores¹⁰⁷³. Essa raiz comum explica que ambos tenham sido utilizados para proteger a simples detenção¹⁰⁷⁴.

1.1.2.3 – A extinção do contrato pelo locador

A Decretal do Papa Gregório IX contida em X.3,18,3 foi o único preceito canonístico que tratou da matéria aqui em apreço, nele se referindo a necessidade de uso ou de reparação da *res*, a utilização reprovável e o não pagamento da renda durante dois anos. A *constitutio* de Antonino Caracala que chegou até nós através de C.4,65,3 era, pois, seguida de perto¹⁰⁷⁵: “*Verum invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, si necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempore, id exposcat, remissa sibi pro residuo temporis pensione; qui etiam inde rationabiliter amovetur, si perverse ibi fuerit conversatus, vel quum canonem per biennium non solvisset, si sibi satisfactione celeri non providit*” (“*Podes expulsar o inquilino para habitar a casa ou proceder a reparações se tal for exigido por uma necessidade não iminente ao tempo da celebração da locação, com remissão da renda do restante período contratual; além disso, é razoável que seja expulso se ocupou a casa de modo errado ou se não pagou a renda durante dois anos e não providenciou satisfação célere*”).

A elaboração dogmática que recaiu sobre a disciplina não se afastou daquela que os legistas levaram a cabo¹⁰⁷⁶. A expulsão antes do decurso do termo do contrato era justificada apenas nos casos previstos, como assinalaram GODOFREDO DE TRANO (“*Postest autem dominus inquilinum expellere in quator casibus...*”)¹⁰⁷⁷, INOCÊNCIO IV (“*In casibus autem praedictis, licet locatori propria auctoritate expellere*

¹⁰⁷² *Enarrationes Super Decreto*, cit., ad C. 3, q.1, c. 3, n° 3, fl. 157.

¹⁰⁷³ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 355.

¹⁰⁷⁴ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 354-355 e 409.

¹⁰⁷⁵ COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 458.

¹⁰⁷⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 59-60.

¹⁰⁷⁷ *Summa per Titulis Decretalium*, cit., ad X.3,18,3, n° 8, fl. 137.

conductorem modici temporis, quia non possidet)¹⁰⁷⁸, DURANTIS (“*Locatore volens cum, cui locavit, expellere, qualiter formabit libelum (...) si autem sit necessariam usibus domini, vel quia inquilinus male versatur ibi, vel indigit, vel pensionem non solvit... sic ergo in his casibus expellitur inquilinus ante tempus conductionis*”)¹⁰⁷⁹, JOÃO ANDRÉ (“... [C.4,65,3] & sicut locator domus non potest sine causa inquilinum expellere, alias ex causa potest, alias teneretur illi ad interesse”¹⁰⁸⁰; “*In casibus autem praedictis licet locatori propria auctoritate expellere conductorem modici temporis, quia non possidet ...*”¹⁰⁸¹) ou PANORMITANO (“*Locator potest inquilinum repellere de domo ante finitum tempus conductionis, si pervenerit ipsi aliquas necessitas, vel inquilinus male versetur, vel pensionem non solvat*”)¹⁰⁸².

Quando o despejo¹⁰⁸³ não fosse lícito, a responsabilidade a assacar ao locador passaria unicamente pela indemnização por mero equivalente – o que era uma consequência da não atribuição de tutela possessória ao locatário. Neste exacto sentido, o Papa INOCÊNCIO IV sublinhou que a expulsão pela força era livre, uma vez que os remédios recuperatórios não estavam à disposição do *colonus*, que não era possuidor (“*Idem videtur in commodatore, & precario concedente, nam tales cum possideant rem suam, violenter possunt auferre a colono, & commodatariis, & precario recipiente, nec praedictis competit interdictum unde vi, cum non possideant, & si agant, repelluntur exceptione, quod non possunt intentare interdictum, quia non possidebant, quando fuit eis ablata res*”)¹⁰⁸⁴. Também já se observou¹⁰⁸⁵ o contributo semelhante de PANORMITANO¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁷⁸ *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X.3,18,3, nº 3, fl. 393.

¹⁰⁷⁹ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. III, *De Locato*, ¶ *De libellorum conceptione super locationibus*, nº 9, pp. 248 e 250.

¹⁰⁸⁰ *In Tertium Decretalium Librum Novella Commentaria*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1612, ad X.3,18,3, nº 7, fl. 83 verso.

¹⁰⁸¹ JOÃO ANDRÉ, *In Tertium Decretalium Librum Novella Commentaria*, cit., ad X.3,18,3, nº 7, fl. 83 verso.

¹⁰⁸² *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, cit., ad X.3,18,3, nº 2, fl. 82 verso.

¹⁰⁸³ Que, como vimos nas transcrições a que se acaba de proceder, podia ser efectuado pelo próprio *dominus*. Cf., ainda, HOSTIENSE, *Summa Aurea*, cit., ad X.3,18,3, nº 7, fl. 184 verso: “... locator (...) potest auctoritate sua expellere conductorem”.

¹⁰⁸⁴ *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X.3,18,3, nº 3, fl. 393.

¹⁰⁸⁵ Cf., *supra*, II.1.1.2.2.

¹⁰⁸⁶ *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, cit., ad X.3,18,3, nº 11, fls. 82 verso e 83.

1.1.2.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Uma resenha de alguns dos mais importantes contributos da juscanonística medieval renovada revela a plena aceitação da regra da inoponibilidade da locação ao sucessor a título singular do direito do locador¹⁰⁸⁷. Foi um tema que os estudiosos do direito da Igreja trataram com menos profundidade do que os legistas, mas que lhes mereceu alguma atenção no que respeitava às consequências possessórias de D.43,16,12 e D.43,16,18 pr..

O Cardeal HOSTIENSE expunha que, tal como o locador, o sucessor a título singular (designadamente, o comprador) podia expulsar pelos seus próprios meios o locatário, que não era possuidor: “*Item locator, vel eius singularem successor, ut emptor potest autoritate sua expellere conductorem: nec enim possidet conductor temporalis*”¹⁰⁸⁸.

Do mesmo modo, DURANTIS concluía, e em contraposição à enfiteuse, que C.4,65,9 era uma decorrência da não atribuição ao arrendatário de um direito real e, por isso, o comprador podia despejá-lo: “[C.4,65,9] (...) *illa lex loquitur in colono, qui non habet ius in re: emphyteuta vero, cum habeat ius in re, quia datur utilis vindicatio [sic]: non potest ab emptore expelli*”¹⁰⁸⁹.

Porém, se o arrendatário não permitisse a *traditio* a favor do comprador, o título da posse era invertido, o primeiro tornava-se *possessor* (“... *conductor modici temporis, quia non possidet (...) nisi colonus interverterit possessionis ut [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]*”)¹⁰⁹⁰ e, assim, não podia ser expulso do prédio (“*ubi conductor interverteret possessionem [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.] (...) expelli non potest*”)¹⁰⁹¹. Como é evidente, os meios de tutela possessória (concedidos ao *colonus* na qualidade de esbulhador que adquiriu a *possessio iniusta* e não como arrendatário: “... *unde vi interdictum (...) non tamen dico colonis vel inquilinis ipsum dari, nec civilem nec naturalem habent possessionem (...) non obstat [D.43,16,12; D.43,16,18, pr.] quia ibi colonus interverterat possessionem, & ideo tanquam praedo, non tanquam colonus habet interdictum*”)¹⁰⁹² não podiam ser exercidos contra o proprietário esbulhado (“...

¹⁰⁸⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 66-68.

¹⁰⁸⁸ *Summa Aurea*, cit., ad X.3,18, nº 7, fl. 184 verso.

¹⁰⁸⁹ *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. III, *De Emphyteusi*, nº 199, p. 277.

¹⁰⁹⁰ JOÃO ANDRÉ, *In Tertium Decretalium Librum Novella Commentaria*, cit., ad X.3,18,3, nº 9, fl. 83 verso.

¹⁰⁹¹ INOCÊNCIO IV, *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X.3,18,3, nº 3, fl. 393.

¹⁰⁹² HOSTIENSE, *Summa Aurea*, cit., ad X. 2,13, nº 1, fls. 107-107 verso.

non competit sibi aliquod interdictum contra dominum, ad hoc [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]. *sed in praecedent casu colonus possidet et habet pinguius ius*)¹⁰⁹³, a quem, por sua vez, não era permitido expulsar pela força o arrendatário, a menos que o fizesse sem qualquer compasso de espera após a *interversio possessionis* (“*Si tamen conductor interverteret possessionem, non liceret domino eum expellere nisi incontinenti. Sed nec liceret etiam alii mandato suo* [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]”)¹⁰⁹⁴. Atente-se que, na passagem acabada de citar, HOSTIENSE aplicava a figura do mandato ilícito – prevista no final de D.43,16,18 pr. – à reacção “*incontinenti*” contra a inversão da posse: além de ter de expulsar imediatamente o arrendatário esbulhador para a sua actuação ser lícita, o *dominus* não podia incumbir outrem da expulsão (nomeadamente, o comprador).

1.1.2.5 – A *locatio ad longum tempus*

A elaboração da *locatio ad longum tempus* pela Escola dos Glosadores foi plenamente recebida na ciência do direito canónico renovado¹⁰⁹⁵.

Essa recepção era atestada na *Summa* de GODOFREDO DE TRANO: “...*illum qui in perpetuum conduxit vel ad non modicum tempus ius habere in re ut resistere possit* [D.6,3,1; D.43,18,13,3] & *etiam ab eo utiliter vindicare*”¹⁰⁹⁶. O direito (real) de resistência e reivindicação do locatário perpétuo e do superficiário era estendido, portanto, ao *conductor ad non modicum tempus*. Note-se que as fontes citadas eram as mesmas em que os juristas de Bolonha haviam cimentado a sua *interpretatio*.

No comentário às Decretais de Gregório IX, após expor que o locatário podia ser expulso pelo locador “*propria auctoritate*”, o Papa INOCÊNCIO IV salvaguardava que assim não era se o arrendatário fosse perpétuo ou *ad non modicum tempus*, pois, nesta hipótese, tinha a posse natural e um direito real: “... *colonus autem perpetuus, vel qui ad non modicum tempus conduxit, cum possideat naturaliter, & habeat ius in re, expelli non potest* [D.6,3,1-2; D.43,18,1,1; C.11,62,14]”¹⁰⁹⁷.

O Cardeal HOSTIENSE também negava a possibilidade de o arrendatário *ad magnum tempus* ser expulso impunemente, uma vez que era possuidor natural: “*Sed*

¹⁰⁹³ PANORMITANO, *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, cit., ad X.3,18,3, nº 11, fl. 83.

¹⁰⁹⁴ HOSTIENSE, *Summa Aurea*, cit., ad X.3,18, nº 7, fl. 184 verso. É notório o paralelismo com as doutrinas da Escola dos Glosadores (cf., *supra*, II.1.1.1.4).

¹⁰⁹⁵ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 101 e ss. (com amplos desenvolvimentos), e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 60-61 e 68.

¹⁰⁹⁶ GODOFREDO DE TRANO, *Summa per Titulis Decretalium*, cit., ad X.5,4, nº 3, fl. 204.

¹⁰⁹⁷ INOCÊNCIO IV, *Super Libros Quinque Decretalium*, cit., ad X.3,18,3, nº 3, fl. 393.

colonus perpetuus, vel qui ad magnum tempus conduxit, impune expelli non potest, cum habeat iusiuram [ius in re?] & naturalem possessionem”¹⁰⁹⁸.

No mesmo sentido, a tutela real do direito de quem tivesse tomado em locação *ad non modicum tempus*, equiparada à do enfiteuta e do superficiário, assomava da análise de DURANTIS: “...rei vindicatione utili, quae datur emphyteuta, vel ei qui conduxit ad non modicum tempus, vel superficiario”¹⁰⁹⁹.

JOÃO ANDRÉ não divergia: “*Colonus vero perpetuus, vel qui ad non modicum tempus conduxit, cum possideat naturaliter, & habeat ius in re, expelli non potest*”¹¹⁰⁰.

A distinção entre a *locatio ad longum* ou *ad modicum tempus* foi acolhida pela legislação canónica. A Decretal *Monasteriorum*, contida nas Clementinas, Livro III, Título IV (“*De Rebus Ecclesiae non Alienandis*”), Capítulo I¹¹⁰¹, e que proibia com grande amplitude a alienação de bens da Igreja, excepcionava expressamente na sua parte final as “*locationes ad tempus modicum faciendas*”¹¹⁰², conceito que o Abade PANORTIMANO concretizava, a propósito, como sendo de menos de dez anos, uma vez que “...*longum tempus dicitur 10. annorum, & non minus...*”¹¹⁰³.

Esta concordância entre o *ius civile* e o *ius canonicum* confirmava, exemplarmente, a noção de *Utrumque Ius*, que constituiu o lastro do direito europeu das Idades Média e Moderna.

¹⁰⁹⁸ HOSTIENSE, *Summa Aurea*, cit., ad X.3,18,3, n° 7, fl. 184 verso.

¹⁰⁹⁹ DURANTIS, *Speculi, Pars Tertia et Quarta*, cit., Lib. IV, Partic. III, *De Locato*, ¶ *De libellorum conceptione super locationibus*, n° 6, p. 249.

¹¹⁰⁰ JOÃO ANDRÉ, *In Tertium Decretalium Librum Novella Commentaria*, cit., ad X.3,18,3, n° 9, fl. 83 verso.

¹¹⁰¹ “*Monasteriorum et aliarum administrationum regularium dispendiis occurrere cupientes, perpetuo prohibemus edicto, ne quis religiosus, monasterio, prioratui, ecclesiae seu administrationi cuius praesidens, iura, redditus aut possessiones eiusdem, alicui ad vitam eius seu aliud certum tempus, pecunia etiam inde recepta, quovis odo concedat, nisi necessitas aut utilitas monasterii, prioratus, ecclesiae aut administrationis huiusmodi hoc exposcat, conventus sui, aut, si conventum non habeat, praelati proprii assensu ad hoc nihilominus accedente. Si quis autem contra hoc fecerit: poenam suspensionis ab officio eo ipso incurrat, nec ex concessione ipsius recipienti ius aliquod acquiratur. Verum praemissa ad locationes vel etiam reddituum aut fructuum venditiones, ad tempus modicum faciendas, declaramus ullatenus non extendi”. A importância de Clem. 3,4,1 para a teoria da *locatio ad longum tempus* é assinalada por COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., pp. 369-370.*

¹¹⁰² Cf., por exemplo, JOÃO ANDRÉ, *In Tertium Decretalium Librum Novella Commentaria*, cit., ad X.3,18, n° 2, fl. 82: “*prohibitio alienationis non includit locationem ad tempus modicum, ut in [Clem. 3,4,1]*”.

¹¹⁰³ PANORMITANO, *Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, cit., ad X.3,18,3, n° 17, fl. 83.

2.1.3 – Os Comentadores¹¹⁰⁴

1.1.3.1 – A não realização coactiva da prestação do locador

A Escola dos Comentadores foi bastante menos pródiga na aceitação da execução específica das obrigações de prestação de facto do que haviam sido os Glosadores.

JACOBO DE ARENA negou, genericamente, a execução específica da prestação de *facere*. Se o devedor recusasse cumprir seria condenado ao pagamento de indemnização: “*si facere recuset condemnatur ad interesse* [D.45,1,113,1] & [D.45,1,114]...”¹¹⁰⁵. Mas assim não seria se o *factum* devido não fosse convencionado por pacto, mas imposto pela lei: “*ubi a lege inducitur obligatio facti precise compellitur: non alias si ex pacto conveniatur ad factum*”¹¹⁰⁶. Esta distinção veio a ter um avultado impacto futuro, através da doutrina de BÁRTOLO¹¹⁰⁷.

Para o ultramontano JACQUES DE RÉVIGNY, a mora nas obrigações de *facere* ofereceria ao credor a possibilidade de exigir indemnização pelos danos causados: “*Aut est obligatio faciendi, tunc dico quod in ea venit interesse in obligationem post mora: & potest peti interesse ut* [D.42,1,13,1]”¹¹⁰⁸. O que manifesta a adesão a um princípio geral de condenação em quantia monetária¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ A propósito da Escola dos Comentadores, com raízes na Escola de Orleães (onde se notabilizaram os chamados *ultramontanos* JACQUES DE RÉVIGNY e PIERRE DE BELLEPERCHE) e desenvolvida em Itália a partir do século XIV sem solução de continuidade em relação aos Glosadores, mas caracterizada por uma mais densa utilização do método escolástico e pelo recurso frequente aos contributos do direito canónico e dos direitos estatutários italianos, cf., entre outros, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na História do Direito Português*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, 1958, pp. 177 e ss., MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português*, in “Boletim do Ministério da Justiça”, nº 304 – Março – 1981, pp. 13 e ss., ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 264 e ss., RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, cit., pp. 253 e ss., ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., pp. 228 e ss. (abrangendo a Magna Glosa), SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., pp. 28-31, RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., pp. 52-53, MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 40 e ss., WIEACKER, *História*, cit., pp. 78 e ss., WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 62 e ss., CAVANNA, *Storia*, I, cit., p. 137 e ss., LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., pp. 1-9, 205 e ss., 224 e ss..

¹¹⁰⁵ *Commentarii in Universum Ius Civile*, 1541 (“Opera Iuridica Rariora”, XVI, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1971), ad D. 42,1,13,1, nº 1, fl. 177 verso.

¹¹⁰⁶ *Commentarii in Universum Ius Civile*, cit., ad D. 39,5,28, nº 3, fl. 156.

¹¹⁰⁷ REPGEN, *Vertragstreue*, cit., p. 159; DONDORP, *ob. cit.*, p. 50.

¹¹⁰⁸ *Petri de Bella Perthica Lectura Super Codice* (“Opera Iuridica Rariora”, I, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1967), ad C.7,47, fl. CCCLVII (apesar do título, a obra é atribuída a RÉVIGNY).

¹¹⁰⁹ Seguimos DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 293.

REPGEN objecta: do texto não se pode retirar a conclusão de que o devedor em mora “só” teria de pagar o montante indemnizatório; o credor “*podia*” exigir a indemnização, logo tinha uma escolha e, se o entendesse, podia exigir, ao invés, a prestação *in natura*¹¹¹⁰.

Creemos que a argumentação não colhe. RÉVIGNY baseava a sua posição em D. 42,1,13,1, disposição que prescreve a condenação dos devedores de obrigações de *facere* em quantia pecuniária certa. É óbvio, portanto, que era esse o regime que o Professor de Orleães entendia aplicável e dentro do qual o credor podia pedir a indemnização.

No que toca a PIERRE DE BELLEPERCHE (outro ultramontano), não é fácil rastrear uma linha de raciocínio. O Bispo de Auxerre afirmava que “*quod in obligationibus faciendi interesse succedit iure obligationis*”¹¹¹¹. O que, segundo DILCHER, revela uma aceitação da condenação pecuniária, com a indemnização a assumir o lugar da obrigação¹¹¹².

Contrapõe REPGEN¹¹¹³ que BELLEPERCHE comentava (*ad D.45,1,97,1*) que os devedores das obrigações de *dare* e de *facere* podiam ser compelidos à sua realização, embora, quanto às últimas, só se isso satisfizesse um interesse do credor no facto a prestar (*intersit factum impleri*): “*differentia est inter obligationes dandi et obligationes faciendi: Nam ubi quis obligatus est ad dandum, praecise compellitur dare, ut supra [D.45,1,75,10]. Sed qui obligatus est ad factum, ita demum compellitur praecise, si intersit factum impleri, ut supra [D.45,1,84] & [-42.1.13.1] & [-45,1,112,1]*”¹¹¹⁴. Que interesse seria esse, é algo que o clérigo não adiantava, mas REPGEN aventava que se trataria, provavelmente, de uma proibição de chicana, sendo a regra a execução específica¹¹¹⁵.

Apesar de tudo, preferimos seguir DILCHER. A anotação 14 a D.45,1,72 é suficientemente clara para se concluir que BELLEPERCHE adopta a *condemnatio pecuniaria* para as obrigações de prestação de facto. A anotação 4 a D.45,1,97,1 sublinha que há uma diferença entre obrigações de *dare* e de *facere* (“*differentia est*”): as primeiras estão sempre sujeitas a execução específica, as segundas não (embora o

¹¹¹⁰ *Vertragstreue*, cit., p. 147.

¹¹¹¹ *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, Francoforti ad Moenum, 1571, *ad D. 45,1,72*, nº 14, p. 276.

¹¹¹² *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 294.

¹¹¹³ *Ob. cit.*, p. 155.

¹¹¹⁴ *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., nº 4, p. 310.

¹¹¹⁵ *Vestragstreue*, cit., pp. 155-156.

texto seja vago sobre o critério de distinção). Tal é perfeitamente consentâneo com uma regra geral de *condemnatio pecuniaria* das obrigações *faciendi*, apenas derrogada quando se verificasse o mencionado interesse no cumprimento.

No nosso ver, o vício em que REPGEN incorre é o de pressupor que, por norma, se verificava o “interesse” na prestação em espécie. Nada no texto permite concluir que essa fosse a ideia de BELLEPERCHE – que, pelo contrário, já se pronunciara anteriormente a favor de uma sucessão da obrigação pela indemnização. Na verdade, o interesse na prestação teria de ser especialmente qualificado em relação ao normal interesse de um credor, sob pena de o requisito não fazer sentido.

Segundo JEAN FAURE, por seu turno, em situações de mora a *condemnatio pecuniaria* só não teria aplicação em seis casos pontuais: “*post moram petit factum fieri (...) sit tamen condemnatio in interesse. Et in hoc nullus variat: nisi in casibus quibus praecise cogitur facere qui sunt sex: Primus supra [C.7,4,17,2]. Secundus [D.3,3,35,3]. Tertius [D.4,2,14,9]. Quartus [D.6,1,68]. Quintus [D.39,1,24,1]. Sextus [D.39,3,21]*”¹¹¹⁶.

Depois de reafirmar a regra de que o devedor, se quisesse, podia libertar-se da obrigação ressarcindo os danos (“*quod ille, quis est obligatus ad factum, liberatur solvendo interesse, obtinet, ubi vult, & potest praestare interesse*”), FAURE limitava a sua admissibilidade aos casos de possibilidade de pagamento – seria absurdo (*ridiculum*) afirmar que o devedor se libertaria ao escolher a indemnização quando não tinha meios de a pagar. Nesses casos, poderia ser compelido a fazer aquilo a que estava obrigado: “*sed ubi non potest, non obtinet, ut [D.45,1,54,1]. Ridiculum enim est dicere, quod promissor facti, elegendo interesse, quod non potest praestare, liberetur [D. 46,3,95 pr.], [D. 18,1,34,6]. & ideo videtur indubitate, quos possit compelli ad faciendum*”¹¹¹⁷.

A execução específica foi categoricamente negada como solução geral por DINO DE MUGELLO (1253-1298/1303), que não só se mostrava contrário a obrigar o copista a prestar o seu serviço, preferindo a solução geral aplicável às prestações de facto (que, a seu ver, era a indemnização por danos, nos termos de D.42,1,13,1: “*Dynus (...) Ipse tamen tenet contrarium in scriptore parato solvere verum interesse: quod est regulare in quocumque, qui tenetur ad factum [D.42,1,13,1]*”), como recusava o

¹¹¹⁶ *In Iustianianum Codicem Breviatum*, Morin, Lugdunum, ca. 1530, ad C. 7,47, fl. CCCIII. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 294-295; REPGEN, *Vertrastreue*, cit., pp. 179-183.

¹¹¹⁷ *In Quatuor Libros Institutionum Ereditissima Commentaria*, Apud Altobellum Salicatum, Venetiis, 1572, ad I.4,6,40, n° 4, fl. 160 verso.

aprisionamento do devedor, que acabaria por significar uma espécie de escravatura (argumento retirado, designadamente, de D.43,29,2¹¹¹⁸): “*Et quia stare in carcere, est quidam species servitutis [D.43,29,2]*”¹¹¹⁹.

O seu discípulo CINO vai discordar abertamente de AZO: ao contrário do que este afirmava, não haveria execução específica da generalidade das obrigações de prestação de facto, pois a isso se opunha D.42,1,13,1. “*Azo dixit hic in Summa quod si factum est merum regulariter quis precise cogit sed [D.42,1,13,1] (...) est in contrarium*”¹¹²⁰.

BÁRTOLO¹¹²¹ – por sua vez, discípulo de CINO –, aproveitando contributos anteriores, designadamente de JACOBO DE ARENA (com a distinção entre factos convencionados e impostos pela lei) e de ACÚRSIO (com a glosa *Accipere iudicium a D.3,3,35,3*), sistematizou-os num todo coerente¹¹²².

O jurista de Sassoferrato distinguia entre obrigações de prestação de facto dimanadas da lei, de testamento ou de contrato: “*aut obligatio facti inducitur a lege, aut testatore, aut ex conventionem partium*”¹¹²³.

Poderia ser coercivamente obtido o cumprimento: das obrigações impostas pela lei (“*quando inducitur a lege, tunc indistincte potest quis compelli praecise ad factum, ut [D.4,2,14,9]*”); das que fossem provenientes de testamento (“*aut inducitur a testatore, & cogitur praecise [D. 32,11,25]*”); das que fluíssem de convenção, mas que constituíssem sub-rogação de uma obrigação legal (“*Si vero inducitur a conventionem, tunc aut est subrogata talis obligatio in locum obligationis legalis, & idem praecise compellitur [D. 39,1,21,4]*”); e das que fossem originadas por convenção e não fossem sub-rogação de obrigações legais, mas que tivessem por objecto um facto a ser praticado em juízo, nos termos previstos na Glosa (“*Aut non este subrogata in locum legalis*

¹¹¹⁸ “*nihil enim multum a specie servientium differunt, quibus facultas non datur recedendi*”: não há muita diferença entre um escravo e aquele a quem não é dada a faculdade de se retirar.

¹¹¹⁹ Cf. a *Additio* “*Secundum Ubert.*”, de JOÃO ANDRÉ, in GUILHERME DURANTIS, *Speculi, Pars Prima et Secunda*, cit., Lib. II, Partic. II, *De Renunciacione et Conclusionem*, nº 29, p. 714. Vide NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542; REPGEN, *Vertragstreue*, cit., pp. 160 e ss.; DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., pp. 21 e 49.

¹¹²⁰ *Lectura Super Codice*, Andree de Thoresanis, Venetiis, 1493, ad C.4,65,22, fl. 198 verso. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 297; REPGEN, ob. cit., pp. 163-166.

¹¹²¹ Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 298-299; REPGEN, *Vertraestreue*, cit., pp. 193 e ss. (com amplo desenvolvimento); DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., pp. 50-51.

¹¹²² DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., p. 50.

¹¹²³ *Digestum Novum Commentaria*, Froben, Basileae, 1572, ad D.45,1,72, nº 37, p. 488.

obligationis, & tunc aut illud factum est explicandum in iudicio, & dic ut no. in [D. 3,3,53,3] quae glo. optime dicit)¹¹²⁴.

Não podiam ser objecto de execução específica as obrigações cuja fonte fosse uma convenção, mas que não sub-rogassem obrigações legais, nem tivessem como conteúdo um facto a praticar em juízo: “*Aut extra iudicium, & tunc indistincte dico quod [non] compellitur praecise ad factum, sed liberatur solvendo interesse, ut hic, & [D.42,1,13,1]...*”¹¹²⁵.

Conclui-se que a regra era a da *condemnatio pecuniaria*: só quando as *obligationes faciendi* se revestissem dos mencionados requisitos haveria lugar à execução específica. O próprio BÁRTOLO formulou-o com precisão: “*In obligationibus autem facti quis non compellitur praecise, sed liberatur solvendo interesse*” (as obrigações de prestação de facto que não sejam coercivamente realizáveis extinguem-se pelo pagamento da indemnização por danos)¹¹²⁶.

Sem prejuízo de contributos ulteriores, e em notório reflexo do prestígio bartolista, a construção que acabamos de expor constituiu o âmago da doutrina do *ius commune*¹¹²⁷.

Entre aquelas contribuições posteriores que vieram alargar o campo da realização coactiva refira-se, da lavra de BALDO¹¹²⁸ e sob a influência dos direitos canónico e feudal, a possibilidade de execução específica da obrigação confirmada por juramento: “*fallit [a regra da condenação em indemnização pecuniária] si super ipso facto est appositum iuramentum: ut [D.12,4,5,pr.]*”¹¹²⁹. A tese foi geralmente aceite¹¹³⁰, como demonstram passagens de BARTOLOMEU DE SALICETO (“*Item fallit secundum Baldum, si super facto sit appositum iuramentum*”, sob a rubrica “*Actor*

¹¹²⁴ *Digestum Novum Commentaria*, loc. cit.. Como já adiantámos, esta distinção remonta à glosa *Accipere iudicium*, em que ACÚRSIO interpreta o preceito no sentido da coactividade (“*scilicet praecise*”): cf. *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, cit., col. 334.

¹¹²⁵ *Digestum Novum Commentaria*, *idem*.

¹¹²⁶ *Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem*, Venetiis, 1600, ad D. 19,1,1 pr., nº 12, fl. 115. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 299.

¹¹²⁷ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 301; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 51.

¹¹²⁸ BALDO formulou quatro excepções à regra da condenação pecuniária das obrigações de prestação de facto, tal com ela fora exposta pelo seu mestre BÁRTOLO (*Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, Lugduni, 1585, ad C. 7,47,1, nº 58, fl. 68 verso e ss.). Sobre elas, remete-se para REPGEN, ob. cit., pp. 217 e ss., e DONDORP, ob. cit., pp. 51-52.

¹¹²⁹ *Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, cit., fls. 68 verso-69. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 301-302; REPGEN, ob. cit., p. 234; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 543-544; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 51; LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 905.

¹¹³⁰ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 302.

volente potest promissor praecise compelli ad factum”¹¹³¹ e de JASÃO DE MAYNO (“*ultra limitationes Bar. scripta (...) fallit quando in promissione facti intervenit iuramentum (...) iuramentum obligationum praecise facere nec solvendo interesse liberaretur*”)¹¹³².

O último Autor (um Comentador tardio) aduzirá outra exceção à regra geral da condenação pecuniária: o credor poderia exigir o cumprimento da obrigação de *facere* quando a sua realização fosse fácil (“*quando est tale factum quod faciliter & de levi potest expedire, tunc praecise compellitur ad tale factum*”)¹¹³³.

Quanto à obrigação de *tradere* a cargo do vendedor, a tendência dos Comentadores será, decididamente, a da aceitação da execução específica. Indicaremos, tão-só, alguns exemplos de uma linha evolutiva.

RÉVIGNY reconhecia ao comprador o direito de exigir judicialmente a *res*: “*post moram est obligatus ad interesse & rem tradendam*”¹¹³⁴.

Importante e ilustrativo é o contributo de PIERRE JACOBI (que em 1329 ainda vivia). Após ter exposto que o vendedor não pode ser compelido à *traditio* da *res*, bastando o pagamento de indemnização por não cumprimento (“*licet venditor teneatur rem tradere, attamen non cogitur: sed sufficit quod det interesse*”)¹¹³⁵, o autor apontava, na *Rubrica LXXXIII (De actione ex empto, Libellus melior & aequior)*, a rigidez dessa tese: “*Nunc est advertendum, quod forma & ius primi praecedentis libelli processit ex opinione rigida & dura Doctorum*”¹¹³⁶.

Na verdade, a *traditio* não era um mero *facto*, como construir uma casa, havendo uma similitude com as obrigações de *dare*, justificativa da transferência *manu militari* a favor do comprador, ao abrigo de D.6,1,68: “*Sed postest dici, quod rem tradi saltem ex causa venditionis, non est mere factum, sicut domum aedificari: immo fratenizat in aliquo, cum rem dari (...) Ergo probabiliter potest dici, quod si venditor rem habet, quod cogatur eam tradere. Sic etiam videmus in obligationibus rem restitui. quia ad hoc*

¹¹³¹ *In VII VIII & IX Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, 1586, ad C. 7,47,1, n° 23, fls. 50 e 52 verso.

¹¹³² *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., ad D. 45,1,72 pr., n° 33, fl. 103 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 302.

¹¹³³ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., ad D. 45,1,72 pr., n° 33, fl. 103 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 302, e LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, p. 905.

¹¹³⁴ *Lectura Super Codice*, cit., ad C.4,49,10, fl. CCIII verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 295.

¹¹³⁵ *Aurea Practica Libellorum*, Apud Gervinum Calenium, & haeredes Quentelios, Coloniae Agrippinae, 1575, Rubrica LXXXII (*De actione ex empto*), n° 8, p. 342.

¹¹³⁶ *Aurea Practica Libellorum*, cit., Rubrica LXXXIII, n° 4, p. 345. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 541.

reus condemnatur, & cogitur rem restituere, si eam habet, vel manu militari transfertur ab eo possessio: ut [D. 6,1,68]”¹¹³⁷.

Denota-se, desta guisa, uma argumentação semelhante à usada pelo Glosador PILLIO no que tangia a entrega coerciva da coisa¹¹³⁸. E, tal como este jurista havia defendido, a execução específica da obrigação de *tradere* a cargo do vendedor era apresentada por JACOBI como a solução que tinha o respaldo da equidade: “*Postquam ergo ista opinio, scilicet quod venditor teneatur rem tradere, si eam habet, fulcitur aequitate*”¹¹³⁹.

CINO também se pronunciou favoravelmente sobre a execução *in natura* da obrigação de entrega da coisa vendida, apoiando a opinião de MARTINHO: “*eum aprobant & tenent opi. Mar. scilicet quod ab initio possit ad factum precise compelli*”¹¹⁴⁰. Nesse sentido, o jurisconsulto pistoiense aduzia três argumentos: sendo a compra e venda um contrato de boa fé, D.2,14,7,7 impunha o respeito do seu teor; I.2,7,2 legitimava que a transferência do *dominium* de uma *res* fosse coactivamente imposta; finalmente, a restituição de uma *res* podia ser realizada *manu militari*, segundo D.6,1,68 (“*Preterea conventiones que sunt bonae fidei servande sunt. ut [D. 2,14,7,7]. Preterea si rem meam tibi promissi dare compellor in te dominium transfere. ut [I.2,7,2]. Preterea qui rem tenetur mihi restituere manu militari cogitur ut [D.,6,1,68]*”)¹¹⁴¹. São detectáveis as influências de ACÚRSIO (com a invocação da cláusula *pacta conventa servabo*), de PILLIO (a similitude com a doação), bem como deste e de JACOBI (a analogia entre a obrigação de *tradere* do vendedor e as obrigações de *dare* e de *restituere*).

Este acervo desembocará em BÁRTOLO, para quem a obrigação de entrega da *res* vendida partilharia da mesma natureza das obrigações de *dare*, uma vez que o vendedor transferirá a propriedade ou o comprador adquiri-la-á por usucapião¹¹⁴². Por

¹¹³⁷ *Aurea Practica Libellorum*, cit., Rubrica LXXXIII, nº 5, p. 345.

¹¹³⁸ Como refere DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 296.

¹¹³⁹ *Aurea Practica Libellorum*, cit., Rubrica LXXXIII, nº 5, p. 345.

¹¹⁴⁰ *Lectura Super Codice*, cit., ad C. 4,49,4, fl. 189 verso.

¹¹⁴¹ *Lectura Super Codice*, cit., C. 4,49,4, fl. 189 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 297.

¹¹⁴² Recorde-se que, no direito justiniano, a *emptio venditio* tinha eficácia meramente obrigacional, não transferindo, por si só, o direito de propriedade. A transmissão deste dependia de uma *traditio*, baseada numa *iusta causa traditionis* (de que a compra e venda era um exemplo: D.41,1,31 pr.), ao que acrescia o requisito de o vendedor ser o proprietário da *res* (D.41,1,20 pr.) – cf., por todos, VIEIRA CURA, *O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Cívico Espanhol e Português*, cit., pp. 97-98.

BÁRTOLO pressupunha, deste modo, duas hipóteses: o vendedor era proprietário e, portanto, a *traditio* subsequente à compra e venda transmitia a propriedade; ou o vendedor não era proprietário e,

isso, não se estando perante um *merum factum*, haveria lugar à sua execução em espécie: “*Ratio quia quando quis tenetur ex causa emptionis, non tenetur ad merum factum, imo dicta obligatio participat naturam obligationis dandi. Nam si est dominus transfert dominium venditor, vel usucapiendi conditionem, ut supra [D.19,1,11 pr.]. Ex eo ergo quod participat cum obligatione dandi, compellatur praecise, si habet facultatem tradendi...*”¹¹⁴³.

A autoridade bartolista impor-se-á mais uma vez, nos seus traços fundamentais, como *communis opinio*. Assim depôs, por exemplo, JASÃO: “*communiter approbata*”¹¹⁴⁴.

No que dizia respeito ao direito do locatário a que lhe fosse proporcionado o gozo da coisa, não se encontrarão inovações entre os Consiliadores, quer face ao legado bolonhês, quer mediante o cotejo com os seus próprios contributos em matéria de realização coactiva da prestação. A prestação de *uti frui* continuava a ser vista, ao contrário da entrega da coisa vendida, como um puro *facere* e, portanto, sujeito à regra da condenação pecuniária.

Podem ser citadas a título ilustrativo, entre as opiniões mais significativos da Escola¹¹⁴⁵, as de CINO (“*Conductor a locatore expulsus agit (...) ad interesse & ad penam...*”)¹¹⁴⁶, BÁRTOLO (“*Si conductor non potest uti re conducta, potest, agere ut sibi frui liceat: locator vero liberatur praestando interesse...*”¹¹⁴⁷; “*Si conductor frui non potest re absque culpa locatoris fit ei remissio pro rata, si locatoris culpa interveniat, ad totale interesse tenetur*”¹¹⁴⁸), BALDO (“*Obligatio ad interesse committitur in totum*”)¹¹⁴⁹, BARTOLOMEU DE SALICETO (“*Conductor expulsus a locatore sine iusta causa (...) si pena non fuit promissa (...) ageretur ad interesse*”)¹¹⁵⁰,

então, a transferência da posse a favor do comprador permitia-lhe adquirir a propriedade por usucapião. O jurisconsulto medieval considerava que, em ambos os casos, havia uma semelhança com as obrigações de *dare* (pois o comprador acabaria por se tornar proprietário), o que legitimaria uma execução coerciva da *traditio*, tal como se reconhecia face àquelas.

¹¹⁴³ *Digestum Novum Commentaria*, cit., D.45,1,72, n° 39, p. 488. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 299; REPGEN, *ob. cit.*, pp. 200-201; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 40.

¹¹⁴⁴ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., D. 45,1,72 pr., n° 35, fl. 103 verso. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 299-300, e LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 905.

¹¹⁴⁵ Cf. a análise de GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 69-70.

¹¹⁴⁶ *Lectura Super Codice*, cit., ad C. 4,65,15, fl. 197 verso.

¹¹⁴⁷ *Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., ad D. 19,2,9, fl. 121.

¹¹⁴⁸ *Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., ad D. 19,2,33, fl. 125.

¹¹⁴⁹ *In Secundam Digesti Vet. Partem Commentaria*, Venetiis, 1586, ad D. 19,2,24,4, fl. 149.

¹¹⁵⁰ *Lectura Super Quarto Codicis*, Johannes de Selgenstat, [Veneza], 1483, ad C. 4,65,15.

PAULO DE CASTRO (“*Colonus, vel inquilinus prohibet frui per locatorem (...) statim agere potest, ut liberetur a pensione totius temporis, & etiam ab interesse lucri...*”)¹¹⁵¹ e JASÃO (“*Si conductor non potest frui re locata culpa ipsius locatoris, quod locator eidem ad totale interesse tenetur*”)¹¹⁵². Em suma, nos casos de incumprimento, o locatário teria o direito, na melhor das hipóteses, a uma indenização monetária.

1.1.3.2 – A tutela possessória do locatário; o despontar da influência das doutrinas canonísticas

Os quadros essenciais delineados pelos Glosadores continuaram a ser seguidos pelos Comentadores¹¹⁵³. O locatário era tido como simples detentor¹¹⁵⁴, a quem era negada a posse ou, obviamente, qualquer direito de natureza real: podemos citar RÉVIGNY (“*Conduxit domum expellitur de domo (...) in domo nullum habet ius: neque in dominio neque in possessionem: sed detentionem tamen habet*”)¹¹⁵⁵, CINO (“... *necessario concludit ex quo non possidet colonus...*”)¹¹⁵⁶, ALBERICO DE ROSATE (“... *colonus non possideat...*”)¹¹⁵⁷, BÁRTOLO (“*colonus nullo modo possidet*”)¹¹⁵⁸, BALDO (“... *ipse non possidet...*”)¹¹⁵⁹, PAULO DE CASTRO (o locatário detém a *res*, mas é o proprietário ou o locador quem possuem: “*colonus & inquilinus detinent sibi, & suo nomine, sed possident domino, seu locatori*”)¹¹⁶⁰, ALEXANDRE TARTAGNA (“*colono vel inquilino, qui nec dominium nec possessionem sed simplicem detentionem habet sine aliquo iure in rem*”)¹¹⁶¹ e BARTOLOMEU SOCINO (o locador possui e o locatário detém em nome dele: “*locator possidebat & conductoris tenebant nomine locatoris*”)¹¹⁶².

¹¹⁵¹ *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1582, ad D. 19,2,24,4, n° 1, fl. 132.

¹¹⁵² *Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Primum*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis, 1581, *Consilium* CIX, n° 1, fl. 138 verso.

¹¹⁵³ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 252 e ss.; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 84-85.

¹¹⁵⁴ Cf. GENIUS, ob. cit., p. 70.

¹¹⁵⁵ *Lectura*, cit., ad C. 4,65,9, fl. CCIX verso.

¹¹⁵⁶ *Lectura*, cit., ad C. 4,65,15, fl. 197 verso.

¹¹⁵⁷ *In Secundam Codicis Part. Commentaria*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Secundam Codicis Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXVIII, selecta cura et studio DOMINICI MAFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1979), ad C. 7,30,1, n° 1, fl. 103.

¹¹⁵⁸ *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D. 41,33,1, n° 3, p. 256.

¹¹⁵⁹ *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, 1577, ad 4,65,15, *Additio*, n° 2, fl. 141.

¹¹⁶⁰ *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis, 1582, ad D. 41,2,1,2, n° 6, fl. 45.

¹¹⁶¹ *Commentaria in I. & II. Digesti Novi Partem*, Apud Iuntas, Venetiis, 1595, ad D.39,1,3,3, n° 1, fl. 11.

¹¹⁶² *Tertia Pars Consiliorum Socini Senensis*, Jacobus Giunta, Lugduni, 1545, *Consilium* XVII, n° 16, fl. 16.

Assim, o *conductor* não gozava da tutela possessória oferecida pelos *interdicta*, como afirmaram, por exemplo¹¹⁶³, RÉVIGNY (“... *si dominus expellat colonum vel extraneus colonus neque contra dominum neque contra extraneum nullum habet possessorium*”)¹¹⁶⁴, BELLEPERCHE (“*Colonus non habet istud interdictum, quia non competit nisi possidenti*”)¹¹⁶⁵, CINO (“... *non possidet colonus quod non habet interdictum...*”)¹¹⁶⁶, ALBERICO DE ROSATE (“*non potest certare de possessione, sed debet agere non de violentia, sed actionem ex conducto ad omnem interesse*”)¹¹⁶⁷, BALDO (“*Quaero, an colono detur aliquod interdictum possessorium (...) non: quia ipse non possidet...*”)¹¹⁶⁸, BARTOLOMEU DE SALICETO (“*Quaero an colono detur aliquod interdictum possessorium (...) non quia ipse non possidet...*”)¹¹⁶⁹ e PAULO DE CASTRO (“... *qui non habet possessionem civilem, vel naturalem, sed nudam detentionem, non habet interdictum unde vi, vel uti possidetis...*”)¹¹⁷⁰.

Também na esteira da orientação maioritária da Escola de Bolonha, negou-se que C. 8,4,7 abrangesse quem tomava em locação¹¹⁷¹, como fizeram RÉVIGNY (“*si colonus expellatur (...) nunquid ipse habet (...) [C. 8,4,7]*”)¹¹⁷², BALDO (se concedi em comodato ou em locação, posso reter a *res*, restando ao comodatário ou ao locatário as respectivas acções *ex commodato* e *ex conducto*, não tendo aplicação esta constituição: “*Si commodavi rem aliquam, vel locam, retineo possessio, quia commodatarius & colonus non possident, sed detinent nomine domini (...) ex parte ex expulsi, qui non possidet: & licet commodatarius habeat actionem ex comodato, &*

¹¹⁶³ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹¹⁶⁴ *Lectura*, cit., ad C.4,65,15, fl. CCX.

¹¹⁶⁵ *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,1,9, nº 4, p. 27. O jurista ultramontano acrescentava que o arrendatário expulso teria como meios de defesa a *actio iniuriarum* e uma pretensão de índole contratual conta o locador: “*Cuismodi tunc remedium habent? Breviter habent actionem iniuriarum, plus regressum habent, contra locatorem per actionem ex contractu ...*”.

¹¹⁶⁶ *Lectura*, cit., ad C.4,65,15, fl. 197 verso.

¹¹⁶⁷ *In Primam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, 1586 (*Commentarii in Primam Codicis Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXVII, selecta cura et studio DOMINICI MAFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1979), ad C. 4,65,3, nº 1, fl. 238 verso.

¹¹⁶⁸ *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad 4,65,15, *Additio*, nº 2, fl. 141.

¹¹⁶⁹ *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,15. O respeito (*ipsis verbis ...*) pela autoridade doutrinal precedente (neste caso, BALDO) dificilmente poderia ser melhor demonstrado. Sobre o argumento de autoridade que caracterizou a Escola (e o abuso em que se caiu), vd. VINCENZO PIANO MORTARI, «*L'Argumentum ab auctoritate nel pensiero del giuristi medievali*», in “*Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*”, 1954, pp. 457 e ss., LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., pp. 297 e ss., e RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., p. 53.

¹¹⁷⁰ *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., ad D. 39,5,26, nº 5, fl. 38 verso.

¹¹⁷¹ Vd. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹¹⁷² *Lectura*, cit., ad C.4,65,15, fl. CCIX verso.

colonus possit agere ex conducto: tamen non habet locum haec lex)¹¹⁷³ ou BARTOLOMEU DE SALICETO (quem possuía e invadia o que concedera em locação não estava vinculado pela *constitutio*, pois não privara ninguém da posse: “*si invadam rem, quam commodavi, locavi, vel deposui (...) illi possident (...) non teneor, quia neminem possessione privare volui*”)¹¹⁷⁴.

Em contrapartida, admitia-se a tutela da detenção por via do *officium iudicis*¹¹⁷⁵, apresentado por BARTOLO como expediente processual de cariz *latissimum*, que abrangia tudo o que fosse determinado pelo juiz e ao qual nenhum outro se sobrepunha: “*Officium iudicis est genus generalissimum continens omnia quae ponetur expediri per iudicem (...) latissimum est (...) & nullum genus habet supra se*”¹¹⁷⁶. Neste sentido – admitindo a restituição da *res* em virtude do ofício do juiz – podemos mencionar, v.g., ALBERICO DE ROSATE (“*si extraneus eum expellere vellet a sua detentione, habere, iudicis officium, ne expelleretur, arg. (...) [D.2,4,9]. Multo fortius ergo so dominus eum*

¹¹⁷³ *Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, cit., ad C.8,4,7, nº 13, fl. 157 verso.

¹¹⁷⁴ *In VII VIII & IX Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.8,4,7, nº 8, fl. 115.

¹¹⁷⁵ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹¹⁷⁶ *Omnia, Quae Extant, Opera, Tomus Primus, In Primam Digesti Veteris Partem*, Sexta Editio Iuntarum, Venetiis, 1590, ad D.2,1,1, fl. 45 verso. Cf. FRANCESCO MAIOLO, *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Eburon Academic Publishers, Delft, 2007, p. 146.

Como já se expôs no âmbito da análise do direito canónico, o *officium iudicis* compreendia a tutela da posse *pendente lite*. A propósito do *summariissimum*, revela-se importante a síntese oferecida por PAULO DE CASTRO, *Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Secundum*, Apud haeredes Nicolai Bevilacqua, Augustae Taurinorum, 1580, *Consilium III*, nº 1, fl. 2 verso: “... *ne lite pendente super proprietate vel possessione partes veniant ad rixas, & arma turbando ad invicem, cum quaelibet pars asserat se esse in quasi possessione d. venae, & alteram non esse, & ad se spectare ius cauandi, ad alteram non, super quo necessarium fuit summam cognoscere quae pars essent in possessione, & reperto quod altera sit, altera non sit, pertinet ad officium iudicis inhibere ei quae non est, ne alteri partem molestiam, vel turbationem faciat lite pendente...*”.

No nº 3 do mesmo *Consilium*, distinguem-se as características da acção principal das do processo em que se “*summam cognoscere quae pars essent in possessione*”: “*Et si difere in multis ab illa (...) in possessorio (...) illa est definitiva, ista interlocutoria (...) illa affert perpetuum per iudicium quouscumque sit cognitum, & pronunciatum super proprietate pro altera parte, se dista durat quouscumque durat lis super pro proprietate, vel possessione (...) illa expeditur iure actionis, vel interdicti, ista vero iudicis officio (...) in illa principaliter agitur de proprietate vel, vel possessione & in consequentiam venit ne possessor turbetur. In ista vero principaliter agitur, ne quis turbetur (...) secundario vero venit ut videatur, an possideat ille quis petit ne turbetur (...) in illa requirit causa cognitio plenaria (...) in ista vero sufficit summaria cognitio...*”. Tal como fizera BALDO, também aqui se invocava, entre outros, D.7,1,13,3.

Vislumbrava-se o *summariissimum*, desta feita, como um processo interlocutório que, para terminar com perturbações, visava regular a situação possessória *lite pendente*. Fundava-se no ofício do juiz e satisfazia-se com uma avaliação sumária da situação (portanto, sem o rigor probatório da *cognitio* do processo principal). Sobre o ponto, cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 265 e ss., e LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 924.

A acção provisória de recuperação da coisa esbulhada enquanto ocorresse a lide, também ela concedida *ex officio iudicis*, era tratada, v.g., por JASÃO, *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., ad D.41,2,12,1, nº 131, fl. 93 verso, que passamos a citar: “... *quod spoliatio facta lite pendente sit odiosior quam facta ante litem (...) non est necesse recurrere ad remedium ordinarium, sed retractatur per officium iudicis absque remedio ordinario...*”. Vide MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 318-319.

expellat, qui cum defendere tenetur, & quod habet iudicis officium)¹¹⁷⁷, BARTOLO (“*qui cadit a possessione, solum detentionem habet, ut commodatarius & depositarius, & isti habent actionem in factum, vel officium iudicis...*”)¹¹⁷⁸, BALDO (“... *si dominus de facto spoliat colonum, vel inquilinum? Respondeo subvenitur ei officio iudicis...*”)¹¹⁷⁹, PAULO DE CASTRO (“... *qui non habet possessionem civilem, vel naturalem, sed nudam detentionem, non habet interdictum unde vi, vel uti possidetis (...) habet tamen officium iudicis, ut restituatur sibi detentatio ablata, vel ut in ea defendatur...*”)¹¹⁸⁰ e BARTOLOMEU SOCINO (invocando BARTOLO: “... *si dicti conductores fuerunt a dominus expulsi habent duo remedia recuperandi suam detentionem rerum conductarum (...) Primum remedio est officium iudicis, ut concludit Bar. ...*”)¹¹⁸¹.

É com os Comentadores que a protecção possessória derivada da construção dogmática em torno do cânone *Redintegranda* começa a impregnar o trabalho dos legistas¹¹⁸², embora com assinaláveis desencontros de opiniões. Não obstante a grande importância prática que assumiu (“*materia est utilis & quotidiana & in curiis continuo premanibus versatur*”, notou BARTOLOMEU SOCINO)¹¹⁸³, tratou-se de tema onde nunca se alcançou uma *communis opinio*¹¹⁸⁴.

Se para alguns a tutela da posse não poderia ultrapassar os limites de X.2,13,18¹¹⁸⁵, a corrente maioritária não aceitou tal restrição: a aplicação da *condictio ex canone Redintegranda* era reconhecida, entre outros¹¹⁸⁶, por FAURE (“*contra tertium possessorem (...) de iure canonico competit beneficium [X.2,13,18] si scienter recipit, sed si ignoranter beneficium canone redintegranda*”: se a posse foi recebida sabendo-se da espoliação, o espoliado terá à disposição X.2,13,18 contra o terceiro que

¹¹⁷⁷ *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C. 4,65,3, n° 1, fl. 238 verso.

¹¹⁷⁸ *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D. 41,2,15, n° 1, p. 213.

¹¹⁷⁹ *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C. 4,65,3, n° 4, fl. 137 verso.

¹¹⁸⁰ *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., ad D. 39,5,26, n° 5, fl. 38 verso.

¹¹⁸¹ *Tertia Pars Consiliorum Socini Senensis*, cit., *Consilium XVII*, n° 15, fl. 16.

¹¹⁸² RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 375; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 195.

¹¹⁸³ *Super secunda Digesti veteris scripta (Eiusd. in I. et II. Digesti Novi)*, per Bernardinum Benalium, Venetiis, 1515, ad D.41,2,15, n° 1, fl. 30.

¹¹⁸⁴ Como conclui RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 377.

¹¹⁸⁵ V. g., ÂNGELO DE UBALDIS, *Consilia*, Typis Andreae Wecheli, Francofurti, 1575, *Consilium CLVII*, n° 1, fl. 101 (“... *unde veritas est, si quis spoliatus est ad aliquo, solo dolo interveniente vel metu...*”). Sobre a paulatina mas inexorável recepção de X.12,13,18 pela Escola dos Comentadores, MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 157-158.

¹¹⁸⁶ Consultem-se, a propósito, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 257-258, RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 375-376, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 72.

recebeu; se disso não havia conhecimento é aplicável o cânone *Redintegranda*)¹¹⁸⁷, BARTOLO (“... *quia loquimur de possessione vitiosa, quid ergo si non est vitiosa? (...) conditionem ex canone redintegranda[m] habet ad recuperandum*”)¹¹⁸⁸, BALDO (“...*per vim, vel alio modo...*”¹¹⁸⁹; “*condictio ex illis canonibus est in rem scripta, & competit contra quemlibet habentem causam, vel occasionem invasore (...) non solo contra violentum, sed contra quemlibet, cuius possessio a violento invasore possunt petere...*”)¹¹⁹⁰, ALEXANDRE TARTAGNA (“*spoliatus ante omnia est restituendus (...) etiam si fuit spoliatus non interveniente violentia: ut in dicuntur canone re integranda ...*”)¹¹⁹¹, ou BARTOLOMEU SOCINO (“*canone Redintegranda dat pinguius remedium, quia dat remedium possessorium recuperandae contra possessorem bonae fidei, & in hoc est latius quod remedium [X.2,13,18]...*”: o *remedium* do cânone *Redintegranda* era concedido contra o possuidor de boa fé e era mais amplo do que o contido em X.2,13,18)¹¹⁹².

Segundo BARTOLO, contudo, a tutela do cânone *Redintegranda* só poderia ser concedida contra um terceiro possuidor se o título da posse proviesse do autor da espoliação (“... *dico quod loquitur quando habet possessionem & titulum ab autore vitioso, & res erat vitiosa*”)¹¹⁹³. Parece ter sido uma sugestão à qual se opôs a opinião comum, como revelam passagens da autoria de JASÃO DE MAYNO (“*magis communis opinio est contra Bar. (...) secundum ista magis commune ego saepiùs consului*”)¹¹⁹⁴ e de BARTOLOMEU SOCINO (“*communis conclusio est quod inducta novum remedium (...) Quia Barto. hic videtur sentire quod ad hoc ut competat illud remedium contra possidentem est necesse quod habeat causam a vitioso (...) sic sensit quod non inductat novum remedium...*”)¹¹⁹⁵.

Um benefício directo para a posição jurídica do locatário, advindo da aplicação do direito canónico, encontrava-se em BALDO (“... *si dominus de facto spoliat*

¹¹⁸⁷ *In Quatuor Libros Institutionum Eruditiissima Commentaria*, cit., ad I.4,15,6, n° 3, fl. 180 verso.

¹¹⁸⁸ *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.41,2,15, n° 2, p. 213.

¹¹⁸⁹ *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,65,3, n° 4, fl. 137.

¹¹⁹⁰ *Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Tertium*, cit., *Consilium CCCIX*, n° 1, fl. 89.

¹¹⁹¹ *Consiliorum Seu Responsorum, Liber Tertius*, Apud Haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610, *Consilium VI*, n° 12, fl. 9.

¹¹⁹² *Super secunda Digesti veteris scripta (Eiusd. in I. et II. Digesti Novi)*, cit., ad D.41,2,15, n° 3, fl. 30 verso.

¹¹⁹³ *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.41,2,15, n° 2, p. 213. Vide RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 376, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 72.

¹¹⁹⁴ *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni, 1582, ad D.41,2,15, n° 19, fl. 99 verso.

¹¹⁹⁵ *Super secunda Digesti veteris scripta (Eiusd. in I. et II. Digesti Novi)*, cit., ad D.41,2,15, n° 3, fl. 30 verso. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 72, nota 31.

colonus, vel inquilinum? Respondeo subvenitur ei officio iudicis (...) vel conditione ex canone reintegranda (...) per vim, vel alio modo)¹¹⁹⁶ e em BARTOLOMEU SOCINO (“... *si dicti conductores fuerunt a dominus expulsi habent duo remedia recuperandi suam detentationem rerum conductarum (...) Secundum est remedium canonis reintegranda*”)¹¹⁹⁷, que colocaram o cânone *Redintegranda* no mesmo patamar do *officium iudicis* como modo de defesa do *conductor* ilicitamente expulso¹¹⁹⁸. Uma inovação de vulto que lançou, para os séculos vindouros, as sementes de uma crescente tendência de outorga da tutela possessória aos detentores¹¹⁹⁹.

1.1.3.3 – A extinção do contrato pelo locador

Os Comentadores continuaram a tratar a matéria nos mesmos moldes dos Glosadores. A expulsão antecipada tinha de ser fundamentada numa das causas de despejo previstas¹²⁰⁰, como expunham, por exemplo, CINO (“... *conductor non potest ante tempus conductionis finitum expelli nisi altero de quattuor casibus...*”)¹²⁰¹, FAURE (“*Nota hoc quattuor casibus quibus potest expelli colonus...*”)¹²⁰², ALBERICO DE ROSATE (“*Regula est, quod colonus expelli non potest, de re conducta (...) Fallit in praedictis quattuor casibus...*”)¹²⁰³, BALDO (“*Inquilinus, qui solvit pensionem, non potest dominium durante locatione expelli, nisi propria necessitates domini, vel propriam necessariam refectionem rei, vel culpa inquilini abutensis (...) Quartus casus est, si pensionem non solvit ...*”)¹²⁰⁴, BARTOLOMEU DE SALICETO (“*Conductor domus pensione soluta non potest expelli nisi in tribus casibus*”)¹²⁰⁵ ou PAULO DE CASTRO (“*Si conductor non solvat pensionem intra biennium, quando conduxit ad maius tempus, puta, ad quinquennium, potest expelli (...) Si veru a minus tempus, potest statim expelli, si est presens, ut [C.4,65,3]*”)¹²⁰⁶.

Despontou timidamente a opinião que sugeria o recurso às vias judiciais para a concretização do despejo antecipado¹²⁰⁷. Assim, leiam-se ALBERICO DE ROSATE

¹¹⁹⁶ *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,65,3, n° 4, fl. 137

¹¹⁹⁷ *Tertia Pars Consiliorum Socini Senensis*, cit., *Consilium XVII*, n° 15, fl. 16.

¹¹⁹⁸ Seguimos GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 72-73.

¹¹⁹⁹ Sobre o ponto, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 51.

¹²⁰⁰ GENIUS, ob. cit., pp. 73-74.

¹²⁰¹ *Lectura*, cit., ad C.4,65,3, fl. 195.

¹²⁰² *In Quattuor Libros Institutionum Eruditissima Commentaria*, cit., ad C.4.65.3, fl. CXIII.

¹²⁰³ *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,3, n° 1, fl. 238 verso.

¹²⁰⁴ *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,65,3, n° 1, fl. 137 verso.

¹²⁰⁵ *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,3.

¹²⁰⁶ *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,54 (57),1, n° 4, fl. 136.

¹²⁰⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 76.

(“*Sed in casibus, in quibus potest expellere, numquid hoc potest propria auctoritate? (...) tutius esse, si iudicis auctoritate fiat*”: “[m]as nos casos em que pode expulsar, poderá fazê-lo por si mesmo? (...) é mais prudente fazê-lo pelo autoridade do juiz”)¹²⁰⁸ ou PAULO DE CASTRO “... colonus, vel inquilinus non solvens pensionem, potest propria auctoritate locatoris expelli, secus videntur tenere Doct. in emphyteuta (...) non tamen debet expelli propria auctoritate domini, sed per sententiam iudicis (...) & ista est securior pars...”¹²⁰⁹ (“... os arrendatários que não pagam a renda podem ser expulsos pela própria autoridade do senhorio, mas os Doutores entendem diferentemente quanto ao enfiteuta (...) não devem contudo ser expulsos pela própria autoridade do senhorio, mas por sentença judicial (...) e esta é a parte mais segura”).

A sanção para as expulsões injustificadas não se traduzia, contudo, em mais do que o pagamento do *id quod interest* ou de eventual pena convencional, como expressamente resultava do que escreviam RÉVIGNY (“*Sed queritur nunquid in istis casibus dominus potest expellere inquilinum propria auctoritate ego credo quod sic: quia in re quam possidet quis non committit violentiam. ex quo alius non habet ius resistendi. locator autem possidet domum per inquilinum*”)¹²¹⁰ ou CINO (“... locator ante tempus expellens conductorem tenetur ad interesse...”)¹²¹¹. A ausência de tutela possessória a isso conduzia, embora, como se observou, já despontassem opiniões que reconheciam ao *conductor* a possibilidade de recorrer aos *remedia* restitutórios baseados na equidade: o *officium iudicis* e, para BALDO e BARTOLOMEU SOCINO, também a *condictio ex canone Redintegranda*¹²¹².

1.1.3.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

A Escola dos Comentadores não se desviou do direito romano e da senda já percorrida pelos seus precursores de Bolonha: aquele que, a título singular, sucedesse na titularidade do direito locador não estava obrigado a proporcionar o gozo da *res* ao arrendatário e, portanto, podia despejá-lo antes de decorrido o prazo contratual. Se tal

¹²⁰⁸ *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,3, n° 5, fls. 238-238 verso.

¹²⁰⁹ PAULO DE CASTRO *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,61 pr., n° 2, fl. 138 verso.

¹²¹⁰ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,3, fl. CCVIII verso.

¹²¹¹ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,15, fl. 197 verso.

¹²¹² GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 73-75.

ocorresse, o *conductor* tinha o direito de responsabilizar *ex conducto* o locador, exigindo-lhe o pagamento do eventual *id quod interest*¹²¹³.

Estas conclusões ficaram plasmadas nas obras dos mais significativos representantes da Escola. Segundo o ultramontano RÉVIGNY, “*Dicit in principio. Non est necesse emptori stare colonum (...) Et est ratio: obligatio personalis contrahitur inter locatorem et conductorem. unde obligatio personalis non transit ad emptorem. nam obligatio personalis non sequitur rem singularem. Unde emptor non est obligatus conductor...*”¹²¹⁴, ou seja, o comprador não era obrigado a manter o arrendatário porque a vinculação entre este e o senhorio era meramente pessoal, não havendo qualquer direito de sequela sobre a *res*. Consequentemente, o *emptor* podia despejar antecipadamente o arrendatário, se assim o desejasse: “... *emptor potest expellere colonum ante tempus conductionis finitum si vellit*”¹²¹⁵.

FAURE distinguia entre o sucessor universal e o sucessor singular: só o primeiro podia ser obrigado a manter o arrendatário (“*Dic ut queritur de successore universal aut singular. Primo casu compellitur stare successor (...) Secundo casu (...) non compellitur successor stare*”)¹²¹⁶.

Era também aceite por CINO que “... *singularis successor non tenetur stare colono...*”¹²¹⁷.

ALBERICO DE ROSATE aplicava a regra ao locador *ad modicum tempus*, que podia ser expulso pelo comprador (“*Et cum quaeritur, an emptor teneatur stare colono (...) si ad modicum tempus tunc potest expelli*”)¹²¹⁸, embora tivesse o direito de agir contra o senhorio para que lhe fosse paga uma indemnização pelos danos que sofresse (“...*aget tamen colonus contra locatorem ad interesse suum*”)¹²¹⁹.

De acordo com BÁRTOLO, a razão de ser de C.4,65,9 residia no carácter puramente obrigacional do direito do locatário, oponível apenas à pessoa que perante ele se obrigou, ou seja, o *locator* (“*Ratio huius lex est haec, quia colonus nullum ius habet in re, sed habet obligatam personam domini locantis, sed illa obligatio personalis*

¹²¹³ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 78.

¹²¹⁴ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fls. CCIX-CCIX verso.

¹²¹⁵ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. CCIX verso.

¹²¹⁶ FAURE, *In Iustianianum Codicem Breviatum*, cit., ad C.4,65,9, fl. CXV.

¹²¹⁷ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. 196 verso.

¹²¹⁸ ALBERICO DE ROSATE, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentarii*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Secundam Digesti Veteris Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXII, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1977), ad D.19,2,25(28),1(2), fl. 156.

¹²¹⁹ ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,9, n° 1, fl. 239 verso.

non tenet emptorem, merito emptor non cogitur stare)¹²²⁰. O último estava obrigado ao pagamento de uma indemnização por equivalente se o locatário fosse expulso pelo comprador (“*Si emptor repellit conductorem, venditor tenetur ei ad interesse*”) ¹²²¹.

BALDO apontou a inoponibilidade da locação ao sucessor a título singular, que não era obrigado a manter o arrendatário; este poderia, se fosse despejado, exercer um direito de regresso contra o senhorio (“...*emptor potest repellere colonum, & inquilinum, & sic sucessor singularis non cogitur stare colono, licet colonus habeat regressum contra locatorem*”) ¹²²². O seu discípulo PAULO DE CASTRO não divergiu: “*Emptor non tenetur stare colono, sed potest eum expellere, dominus tamen seu locator tenetur sibi ad interesse*”¹²²³.

Outro dos “*principais doutores da escola de Bártolo*”¹²²⁴, BARTOLOMEU DE SALICETO reafirmou como regra geral: “*singularis successor non tenetur stare colono*”¹²²⁵.

ÂNGELO ARETINO repetia a máxima “... *emptor non vult stare colono (...)* *quia non cogitur stare si non vult...*”, a qual excepcionava se o locatário tivesse um direito real sobre coisa locada “... *nisi conductor haberet ius in re...*”¹²²⁶.

Os *pacta* previstos em D.19,2,25,1 e C.4,65,9 foram, em geral, menos aproveitados como forma de protecção do *conductor* perante o adquirente do que se verificara entre os Glosadores¹²²⁷. Assinale-se, todavia, que teve seguidores (como CINO e ALBERICO DE ROSATE) a construção que desentranhara daqueles acordos uma *exceptio* oponível pelo locatário ao comprador¹²²⁸.

Após ter afirmado que o comprador podia proceder ao despejo antes de decorrido o prazo da locação, RÉVIGNY ressaltava o entendimento de que seria conferida ao *conductor* uma excepção oponível ao *emptor* se, através de pacto, o último

¹²²⁰ BARTOLO, *In Duodecim Libros Codicis, Commentaria*, Froben, Basileae, 1562, ad C.4,65,9 (referida como *Lex XI*), p. 453.

¹²²¹ BARTOLO, *Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., ad D.19,2,25,1 (referido como *Lex XXVII*), fl. 124.

¹²²² BALDO, *In Secundam Digesti Vet. Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,25(28),1, fl. 149.

¹²²³ PAULO DE CASTRO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,25(28),1, n° 1, fl. 132 verso.

¹²²⁴ *Bibliografia Henriquina*, vol. I, Comissão Executiva das Comemorações do V Centenário da Morte do Infante D. Henrique, Lisboa 1960, p. 293, nota 55.

¹²²⁵ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1586, ad D.19,2,32(35), n° 1, fl. 123 verso.

¹²²⁶ ÂNGELO ARETINO, *In Institutiones Iustiniani Commentarii*, Lugduni, 1557, ad I.3,24,5, n° 4, fl. 178.

¹²²⁷ Sobre alguns dos contributos que se seguem, cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 81-82.

¹²²⁸ Observou-se, *supra* II.1.1.1.4, que tal estava presente em várias glosas a C.4,65,9.

se obrigasse perante o vendedor a manter o arrendatário até ao final do contrato (“... nisi venditor ea lege vendidit quod pateretur emptor colonum esse in conductione usquequo in tempus conductionis (...) Dicit glossa (...) conductor haberet exceptionem contra emptorem ex pacto venditoris qui convenit & colonus in conductione usquequo in tempus conductionis”)¹²²⁹.

Informava-se, porém, que não era uma opinião incontestada (“Sed secundum alium intellectum male sederet hoc exceptio”¹²³⁰: “[m]as, segundo outro entendimento, esta excepção está erradamente fundamentada”). Na verdade, o Professor de Orleães afastava-se de qualquer solução de oponibilidade da *locatio* ao comprador: o arrendatário apenas tinha uma acção pessoal contra o senhorio, à qual o adquirente não estava vinculado, e, por isso, não podia resistir à expulsão promovida por este. Qualquer direito teria de ser exercido contra o locador, que era o único que estava obrigado perante o arrendatário. “... [I]lla obligatio personalis non transit ad emptorem. ergo contra emptorem non habet ius resistendi: quia non habet colonus ius resistendi nisi vi personalis actionis que non astringit emptorem, licet astringat locatorem. Si tu velles dicere contrarium ego bene reperio quod exceptio que noceret venditori nocet emptori. unde decedendo videtur quod noceat emptori exceptio competens contra locatorem (...) Primum ego credo verius quod non habeat ius resistendi emptori: licet posset resistere venditori”¹²³¹ (“... aquela obrigação pessoal não se transmite ao comprador. Logo, não tem um direito de resistência contra o comprador, porque o arrendatário não tem um direito de resistência a não ser por força de uma acção pessoal que não adstringe o comprador, mas pode adstringir o locador. Se pretendes dizer o contrário, verifico que uma excepção que prejudique o vendedor também prejudica o comprador. De onde se retira: ao que prejudica o comprador corresponde uma excepção contra o locador (...) Creio que não há um direito de resistir ao comprador: mas é permitido resistir ao vendedor”).

CINO reconhecia que o direito de expulsão pelo comprador podia ser contrariado por convenção contrária (“... emptor potest expellere nisi alio conveniat”)¹²³², o que não concedia ao arrendatário qualquer excepção oponível ao sucessor a título singular, dado o carácter pessoal do que se acordara entre *venditor* e *emptor*: “Pone quod convenit numquid potest contra emptorem singularem successore

¹²²⁹ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. CCIX verso.

¹²³⁰ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. CCIX verso.

¹²³¹ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. CCIX verso.

¹²³² CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. 197.

*conventionem excipere. Dicendum est quod non que personalis est hoc verum est ipso iure*¹²³³. O locatário expulso deveria recorrer, sim, à acção derivada do contrato de locação (a instaurar contra o locador, evidentemente): “*Sed causam habet ab eo potest actione ex eo contractu agere*”¹²³⁴. CINO admitia, porém, que o arrendatário opusesse a excepção se o locador/vendedor lhe cedesse os seus direitos (“*ut cedat sibi actus vel ius suum excipiendi*”)¹²³⁵ – como veremos, esta elaboração artificiosa foi refutada por BARTOLOMEU DE SALICETO.

No mesmo sentido de CINO, e invocando a autoridade do jurista de Pistoia, foi o comentário de ALBERICO DE ROSATE a C.4,65,9 (“*Quid si venditor convenit, quod emptor staret colono, nunquid colonus potest excipere contra emptorem. Cy. tenet quod non, quia exceptio est personalis, sed venditor cedit ei tale ius excipiendi (...) hoc facere tenetur*”)¹²³⁶.

BALDO expunha que a regra “*emptor non tenetur stare colono*” sofreria um desvio se o vendedor reservasse (no contrato de compra e venda, naturalmente) o direito do arrendatário (“*Emptor non tenetur stare colono, vel inquilino, nisi venditor reservaverit ius coloni, vel inquilini*”), mas sem que isso permitisse ao *conductor* demandar o comprador. Este apenas poderia agir *ex conducto* contra o locador/vendedor: “*Adde, quod nec inquilinus, vel colonus emptori [D.19,2,25,1] (...) scilicet venditore ex conducto*”¹²³⁷.

Para PAULO DE CASTRO, o locador previdente deveria pactuar com o comprador a permanência do arrendatário no prédio (“*caute agit dominus, si cum vendit rem locatam, paciscatur*”)¹²³⁸. Mas, sem uma hipoteca que garantisse a sua posição, a reacção do *conductor* ao despejo antecipado era limitada à instauração de uma acção pessoal (“*... quod non esset hyphotecata: quoniam haberet solum actionem personalem*”)¹²³⁹.

BARTOLOMEU DE SALICETO apontava duas opiniões constantes da Magna Glosa. De acordo com a primeira, o comprador não podia ser obrigado a manter o

¹²³³ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. 197.

¹²³⁴ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. 197.

¹²³⁵ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. 197.

¹²³⁶ ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,9, nº 1, fl. 238 (a paginação sofre de notórios lapsos; seguiremos a numeração tal como consta da obra).

¹²³⁷ BALDO, *In Secundam Digesti Vet. Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,25(28),1, *Additio* (antes do nº 1), fl. 149.

¹²³⁸ PAULO DE CASTRO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,25(28),1, nº 1, fl. 132 verso.

¹²³⁹ PAULO DE CASTRO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,25(28),1, nº 1, fl. 132 verso.

arrendatário; este deveria agir contra o vendedor, que, por sua vez, tinha o direito de responsabilizar *ex vendito* o comprador que, em violação do *pactum*, procedesse ao despejo antecipado (“*Prima est quod non compellitur praecise stare sed expellat & colonus agat contra venditorem venditor ex pacto velut vestito coherentia venditionis vel actio ex vendito informata agit contra emptorem*”)¹²⁴⁰. Já outra corrente reconhecia ao arrendatário o direito de se defender através de uma exceção decorrente do pacto (“*Allia opinio est quod exceptio pacto colonus possit se tueri*”)¹²⁴¹.

O Professor de Bolonha afastava-se da última posição, pois não concebia que fosse concedida uma *exceptio* ao arrendatário quando o *pactum* não a conferia sequer ao vendedor/locador, que tinha um direito mais fraco do que o do comprador: “*Ego non percipio, quod ex illo pacto nec actu nec potentia venditori eidemque locatori competat, vel competere potuisset exceptio, ergo nec colono. Preterea emptor fortius ius habet quod locator*”¹²⁴².

SALICETO contestava, ainda, a tese de CINO de que o arrendatário podia opor uma exceção ao comprador se lhe tivessem sido cedidos os direitos do senhorio, já que este apenas poderia invocar, à luz do pacto, um direito de indemnização pelo despejo do *colonus* (“*Ideo forte dixit Cy. quod hic posset se tueri ex iure cesso non alias qui etiam non percipio qui ex pacto locatori non competebat ius excipiendi sed tamen agendi ad interesse si emptor colonum expelleret*”)¹²⁴³.

D.43,16,12 e D.43,16,18 pr. colocavam o problema da inversão do título de posse pelo arrendatário que impedira a *traditio* da coisa arrendada a favor do comprador, o que tinha como consequência a atribuição do *interdictum unde vi* ao *conductor* contra quem o tentasse expulsar e, por sua vez, ao senhorio contra o próprio *conductor*¹²⁴⁴. Assim comentavam BELLEPERCHE (“*Si Colonus emptorem meum non admitteret, spoliare me dicitur*”)¹²⁴⁵, ALBERICO DE ROSATE (que estabelecia uma presunção de *interversio possessionis* quando o arrendatário não admitisse o *emptor*: “*animo intervertendi possessionem, ibi, emptor. scilicet. non admissus (...) praesumetur esse*”; “*ideo dico venditori contra colonum, imo colono contra emptorem*

¹²⁴⁰ BARTOLOMEU DE SALICETO, *Lectura Super Quarto Codicis*, Johannes de Selgenstat, [Veneza], 1483, ad C.4,65,9.

¹²⁴¹ BARTOLOMEU DE SALICETO, *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,9.

¹²⁴² BARTOLOMEU DE SALICETO, *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,9.

¹²⁴³ BARTOLOMEU DE SALICETO, *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,9.

¹²⁴⁴ Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 81.

¹²⁴⁵ BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,12, nº 1, p. 42.

expellentem)¹²⁴⁶, BÁRTOLO (“... *qui non admittit emptorem, privat dominum possessio rei*”) ¹²⁴⁷ ou BALDO (“... *an colono detur aliquod interdictum possessorium? (...) Non ... quia ipse non possidet (...) nisi colonus prius intervertisset possessionem domino [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]*”) ¹²⁴⁸.

O arrendatário podia resistir ao exercício do *interdictum* pelo *locator* se tivesse ocorrido uma causa justa e provável de não admissão do comprador, como previa D.43,16,12¹²⁴⁹: “*nisi iustam causam non admittendi haberet*”, nas palavras de BELLEPERCHE¹²⁵⁰.

Que a realização de despesas com a conservação da *res* preenchia aquele conceito foi algo que não suscitou dúvidas aos juriconsultos da escola bartolista, o que decorre de passagens da autoria de BELLEPERCHE (“*Item alia causa est, si Colonus impensas necessarias & utiles fecit...*”) ¹²⁵¹, FAURE (“*Sed an possit expellere auctoritate propria? (...) Sed inquilinus potest ei resistere (...) Quos est verum si iustam causam habuit. propter impensas forte*”) ¹²⁵², CINO (“... *sed ibi habebat iustam causam forte propter expensas*”) ¹²⁵³, ALBERICO DE ROSATE “... *quod si habet istam causam resistendi, ut propter expensas, quas fecit in re conducta, resistere potest, ut [D.43,16,12]*” ¹²⁵⁴, BÁRTOLO (“*Quaero, quae est iusta & probabilis causa. Glossa ponit duas solutiones. Primo propter impensas, quas fecerat*”) ¹²⁵⁵, BALDO (“*Item si finitum est tempus, & fecit expensas: potest retinere pro expensis [D.43,16,12] (...) quod colonus vel inquilinus propter expensas factas in re, habet retentionem, donec expensae reddantur*”) ¹²⁵⁶ ou BARTOLOMEU DE SALICETO. O último expunha que “*quod singularis successor non possit colonum expellere a colonia, quia si liceret ei, fas*

¹²⁴⁶ ALBERICO DE ROSATE, *In Primam Partem Digesti Novi Commentaria*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Primam Digesti Novi Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXV, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1979), ad D.43,16,18 pr., fl. 133.

¹²⁴⁷ BÁRTOLO, *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.43,16,12, n° 1, p. 360.

¹²⁴⁸ BALDO, *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,65,15, n° 2, fl. 141.

¹²⁴⁹ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 76-76.

¹²⁵⁰ *Commentaria in Digestum Novum, Vidilicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,12, n° 2, p. 42.

¹²⁵¹ *Commentaria in Digestum Novum, Vidilicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,12, n° 3, p. 42.

¹²⁵² FAURE, *In Iustianum Codicem Breviatum*, cit., ad C.4,65,9, fl. CXV.

¹²⁵³ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. 197.

¹²⁵⁴ ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,3, n° 1, fl. 238 verso.

¹²⁵⁵ BÁRTOLO, *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.43,16,12, n° 2, p. 360.

¹²⁵⁶ BALDO, *Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, cit., ad C.8,4,10, n°s 2-3, fl. 159.

*faceret, et colonis resistendo, nefas*¹²⁵⁷ (“que o sucessor singular não possa expulsar o arrendatário, porque se tal fosse permitido procederia correctamente e o arrendatário ao resistir procederia erradamente”) e indicava que a resistência do arrendatário era lícita nas situações previstas em D.43,16,12 (“*hoc est saltum, cum ei liceat resistere, ut [D.43,16,12]*”)¹²⁵⁸. A regra era, desta guisa, a da ilicitude da resistência do arrendatário ao locador, a não ser que se verificasse uma causa de retenção da *res*, nomeadamente por ter feito despesas com a respectiva conservação: “... *colono resistere non licet, nisi quando iuris sui conservandi causa facit, forte propter expensas factas in re...*”¹²⁵⁹.

O facto de o arrendatário ignorar a transmissão do direito do locador era considerado *iusta et probabilis causa* por, v.g., BELLEPERCHE (“*Breviter una causa est, si ignorat ipsum habere utilitatem. Dico in casu isto propter ignorantiam, non spoliatur...*”)¹²⁶⁰, BÁRTOLO (“*Quaero, quae est iusta & probabilis causa. Glossa ponit duas solutiones (...) Secundo propter ignorantiam, nam potest dicere colonus (...) unde propter iustam ignorantiam istam potest emptorem repellere...*”)¹²⁶¹ e, cremos, BARTOLOMEU DE SALICETO, que admitia a resistência quando o *colonus* não se tivesse apercebido da alienação consentida: “... *colono resistere non licet, nisi quando iuris sui conservandi causa facit, forte propter expensas factas in re, vel ne videatur consensisse alienatione*”¹²⁶².

A existência do próprio contrato de locação (ou seja, se ainda não tivesse decorrido o prazo pelo qual fora celebrado) era referida como possível *iusta causa* por CINO, não como posição própria, mas ao dar-se nota do que “*outros dizem*”: “*Alii dicunt iusta causa est si fecerit expensas. vel si in re locata non fuerit elapsum tempus locationis*”¹²⁶³. Por banda de BÁRTOLO, porém, a circunstância era claramente aceite como motivo justificativo da resistência do arrendatário: “*Circa hanc lex quaero (...) quae possit esse causa iusta non restituendi? Dicunt quidam, forte quis conductor erat dominus (...) Dat ergo glossa alias causas, si tempus conductionis non erat finitum, vel*

¹²⁵⁷ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), nº 1, fl. 124.

¹²⁵⁸ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), nº 1, fl. 124.

¹²⁵⁹ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), nº 1, fl. 124.

¹²⁶⁰ BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,12, nº 3, p. 42.

¹²⁶¹ BÁRTOLO, *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.43,16,12, nº 2, p. 360.

¹²⁶² BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), nº 1, fl. 124.

¹²⁶³ CINO, *Lectura*, cit., ad C.8,4,10, fl. 338.

fecerat expensas utiles, vel necessarias [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]”¹²⁶⁴ (“A propósito desta lei, pergunto o que pode ser causa de não restituição. Alguns dizem: se o arrendatário era o proprietário. A Glosa concede outras causas: se o prazo pelo qual foi celebrada a locação ainda não decorreu ou se se fizera despesas úteis ou necessárias...”).

O francês FAURE também considerava justa causa a existência de uma cláusula contratual pela qual o senhorio se tivesse obrigado a defender a *locatio*, isto é, a garantir a permanência do contrato de locação: em tal hipótese, o arrendatário teria o direito a não ser expulso porque lhe fora conferido o direito ao cumprimento de uma obrigação real (“*Quid ergo si locator obligavit bona pro tuenda locatione? Dic non posse expelli cum habeat ius obligationis in re...*”)¹²⁶⁵, o que o jurisconsulto subsumia à parte final de D.43,16,12 (“... *ut* [D.43,16,12, *in fine*]...] & *sic retineri potest*”)¹²⁶⁶.

BÁRTOLO entendia que o comprador que fora repellido pelo arrendatário podia reagir imediatamente para recuperar a posse, invocando uma opinião de PIERRE DE BELLEPERCHE, também referida por CINO: “*Quaero quod si emptor deiectus deiecit incontinenti colonum, nolentem eum admittere, qui volebat recuperare, an sufficit? Quidam dicunt quod sufficit, sicut enim dominus poterat per seipsum incontinenti recuperare possessionem, ita per emptorem. Alii contra dicunt. Pet. tenet primam opinionem ut refert Cy [C.8,4,1]. Hoc puto verum, per [D.47,2,7]...*”¹²⁶⁷ (“pergunto se o comprador expulso que queria recuperar pode expulsar imediatamente o arrendatário que recusou admiti-lo. Alguns dizem que pode, já que, na verdade, o proprietário podia recuperar imediatamente a posse por si próprio e, deste modo, também pelo comprador. Outros dizem que não. Pet. [PETRUS DE BELLAPERTICA/PIERRE DE BELLEPERCHE] tem a primeira opinião, como refere Cino [C.8,4,1]. Penso que isto está correcto, por força de [D.47,2,7]”).

Efectivamente, ao comentar D.43,16,18 pr., BELLEPERCHE referira a possibilidade da gestão dos negócios próprios através de outrem (“...*aliquis potest negocia sua gerere per alium, sicut per se ipsum*”¹²⁶⁸: “*podem gerir-se os negócios próprios por outrem, assim como por si mesmo*”) e afirmavaa, seguidamente, que um mandato do vendedor não era permitido se a expulsão fosse *ex intervallo* (“*Lex ista non*

¹²⁶⁴ BÁRTOLO, *In Duodecim Libros Codicis*, cit., ad C.8,4,10, nº 1, p. 757.

¹²⁶⁵ FAURE, *In Iustianianum Codicem Breviatium*, cit., ad C.4,65,9, fl. CXV.

¹²⁶⁶ FAURE, *In Iustianianum Codicem Breviatium*, cit., ad C.4,65,9, fl. CXV.

¹²⁶⁷ BÁRTOLO, *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.43,16,18 pr., p. 361.

¹²⁶⁸ BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,18 pr., nº 4, p. 44.

obstat, de mandato venditoris non potest, verum est ex intervallo, alias sic)¹²⁶⁹. Do que se inferia, *a contrario sensu*, que a expulsão *incontinenti* do arrendatário pelo comprador não constituía o “*mandatum illicitum*” vedado por aquele texto.

O raciocínio subjacente era, portanto, o de que o proprietário estava a recuperar a posse para si próprio pela força (o que poderia fazer desde que “*incontinenti*”), não obstante usar para isso o *emptor*. Tratava-se, contudo, de uma solução sem apoio nas fontes romanas porque o comprador não tinha qualquer posse a recuperar, uma vez que nunca a adquirira¹²⁷⁰. E, como é evidente, violava a *ratio* da figura do “*mandatum illicitum*”, que era a proibição de uma aquisição violenta da posse pelo *emptor* – objectivo que, no final de contas, era contornado com a teoria em exame.

Da citada passagem de BARTOLO retira-se ainda que, na sequência do entendimento já patente na obra dos Glosadores, só era admitida a autotutela se a reacção contra o esbulho perpetrado pelo arrendatário fosse imediata (“*incontinenti*”). No mesmo sentido também se pronunciara JACOBO DE ARENA: “*quod si ex intervallo deiiciam, qui deiicit non teneatur interdicto*”¹²⁷¹ (“*porque se eu expulsar diferidamente, quem expulsou não está sujeito ao interdito*”).

Mas a grande originalidade do contributo da Escola dos Comentadores para a análise da questão residiu na possibilidade de, através da constituição de uma garantia hipotecária, o direito do arrendatário se tornar oponível a quem sucedesse a título singular ao locador. O responsável pela novel construção dogmática foi, sintomaticamente, o *caput scholae*, BARTOLO DE SASSOFERRATO¹²⁷².

No comentário ao Digesto Velho, o célebre jurisconsulto declarava: “... *haberet ius in re, unde non potest repelli ab ipso emptore, vel legatario. Et idem videtur quando de locatione est factum instrumentum, & dominus obligavit conductori omnia bona sua, pro dicta observatione: tunc enim colonus potest dicere, Ego sto in fundo isto iure pignoris, & hypothecae pro interesse meo. Hypotheca autem est ius reale (...) & sic transit ad quemcumque successorem, tamen oportet quod conductor antequam compellatur, incipiat possidere seu detinere iure pignoris*”¹²⁷³ (“...tivesse um direito

¹²⁶⁹ BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,18 pr., n° 4, p. 44.

¹²⁷⁰ Como bem nota GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 81.

¹²⁷¹ JACOBO DE ARENA, *Commentarii in Universum Ius Civile*, cit., ad D.43,16,18 pr., fl. 186 verso.

¹²⁷² Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 85-86, e ELTJO SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It? Medieval Foundations of the Roman-Dutch Concept*, in TR, 1986, pp. 291-292.

¹²⁷³ BARTOLO, *Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., ad D.19,2,32, n° 1, fl. 125.

real de que não pode ser repellido pelo comprador ou legatário. E o mesmo se observa quando a locação foi reduzida a escrito e o proprietário obrigou todos os seus bens ao cumprimento. O arrendatário pode dizer então, Eu permaneço no prédio por aquele direito de penhor ou hipoteca, para o meu interesse. Contudo, a hipoteca constitui um direito real (...) e, assim, é oponível a qualquer sucessor. Mas é necessário que comece a possuir ou deter antes de compelir ao cumprimento do seu direito de penhor”).

Ou seja, para que o arrendatário adquirisse um direito real oponível ao sucessor a título singular, deviam estar preenchidos os seguintes requisitos¹²⁷⁴: redução do contrato a escrito¹²⁷⁵; constituição de uma hipoteca incidente sobre a totalidade do património do senhorio; verificar-se a detenção da *res*.

Um ponto merece destaque: parece claro que a garantia visava assegurar o *id quod interest* do arrendatário (“... *iure pignoris, & hypotechae pro interesse meo...*”) e, portanto, terminava a afectação da *res* mediante o pagamento do montante indemnizatório¹²⁷⁶.

Na análise a C.4,65,9 estava presente a mesma ideia: “... *quando de locatione sit instrumentum, & in stipulatione obligant partes hinc inde omnia bona pro sua observatione praedictorum quod tunc ratione praedicta obligationis, potest dicere colonus vel inquilinus. Ego habeo ius hypotechae in re, & sic nolo inde recedere, donec mihi satisfiat de poena, vel de interesse meo, cum haec res iam sit mihi obligata, & ita iam de facto dixi, & obtinui*”¹²⁷⁷.

Mais uma vez a garantia tinha como objecto o pagamento da pena convencional para o não cumprimento ou do *id quod interest*: “até me ser satisfeita a pena ou o meu interesse” (“... *donec mihi satisfiat de poena, vel de interesse meo ...*”)¹²⁷⁸

Já a propósito de D.24,3,25,4, BARTOLO afirmava que, se o senhorio adstringisse todo o seu património à observância do contrato de locação, o arrendatário podia invocar a sua permanência no prédio com fundamento na garantia e, assim, o sucessor a título singular não o poderia expulsar, pois era titular de um *ius in re*: “...

¹²⁷⁴ SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., p. 292.

¹²⁷⁵ Exigência ligada a manifestas razões de segurança jurídica, num tempo em que ainda não havia um sistema de publicidade de direitos, talqualmente é concebido nos tempos hodiernos: cf. FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., p. 18, e, em geral, BUSSI, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, cit., pp. 161-163.

¹²⁷⁶ Neste preciso sentido, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 85. O ponto não é devidamente valorizado por SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., p. 292.

¹²⁷⁷ BARTOLO, *In Duodecim Libros Codicis*, cit., ad C.4,65,9, n° 2, p. 453.

¹²⁷⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 85 (com referência ao comentário a D.24,3,25,4).

*quando aliquis locat domum vel fundum, & pro observatione obligat omnia bona sua, quod colonus vel inquilinus potest dicere se remanere in re conducta scilicet vigore pignoris, & sic successor non poterit eum expellere: quia habet ius in re*¹²⁷⁹. No comentário a D.43,18,1,3, o jurista repetia que a aposição ao contrato de uma hipoteca sobre todos os bens do locador atribuía um direito real arrendatário, que, assim, não poderia ser despejado do prédio: “... *si de contractu locationis fieret instrumentum, & in instrumento est apposita hypotheca omnium bonorum, quod ex hoc est quaesitum colono ius in re, & ideo non posset expelli ab illo fundum, cum sit sibi obligatus pro observatione praedictorum*”¹²⁸⁰.

Repare-se que, nestes dois excertos, não se ressalvava que a garantia vigorava até ao pagamento do *quantum* indemnizatório ou da pena convencional¹²⁸¹. Estaria BARTOLO, com isso, a vislumbrar no direito real originado pela hipoteca a faculdade de o locatário permanecer no prédio, em quaisquer circunstâncias, até ao final do período contratual¹²⁸²?

Temos sérias dúvidas de que assim fosse. É perfeitamente plausível que estivesse pressuposto nos textos que a satisfação do *id quod interest* e a subsequente extinção da garantia permitiam o despejo. Tal não só estaria em consonância com o restante pensamento do Autor, como não conduziria às aporias dogmáticas que serão assinaladas em breve.

Mas, na verdade, não deixou de ser perfilhada a opinião de que a hipoteca tornava a locação oponível ao sucessor a título singular – o que, em consequência, asseguraria ao arrendatário o gozo da *res* em espécie enquanto não decorresse o prazo contratual.

Com efeito, BALDO invocava o seu Mestre na defesa de que o locatário devia ser mantido se os bens do locador fossem obrigados através de documento, pois era lícito vincular a *res*, por força de um penhor, ao dever de tolerância do senhorio e ao “*interesse licitum*” do arrendatário: “*Quaero an emptor teneatur stare inquilino, cui per instrumenta bona sunt obligata. Respondetur sic, secundum Bar.[BARTOLO] (...) cum enim res sit eidem obligata pro patientia domini, & fruitione inquilini, vel coloni pro*

¹²⁷⁹ BARTOLO, *Commentaria In Primam Infortiatem Partem*, Excudebat Petrus Fradin, Lugduni, 1552, fl. 24.

¹²⁸⁰ BARTOLO, *Digestum Novum Commentaria*, cit., ad D.43,18,1,3, n° 6, p. 370.

¹²⁸¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 85.

¹²⁸² Esse é o sentido que SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., p. 292, imputa ao comentário a D.19,2,32 mas que, claramente, daí não pode ser retirado. Dos textos estudados por SCHRAGE, só no comentário a D.24,3,25,4 poderia BARTOLO ter apresentado semelhante teoria.

*illa patientiam & pro illo interesse licitum est pignori incumbere*¹²⁸³. Da passagem depreende-se que, para o Professor de Pérúgia, a garantia tornava o arrendamento oponível ao *emptor*, pois a resposta afirmativa que era dada conduzia a que “*emptor teneatur stare inquilino*”.

ÂNGELO ARETINO expunha que “... *emptor (...) non cogitur stare si non vult, ut ibi, nisi conductor haberet ius in re, vel de locatione fuit factum instrumentum. Et pro observatione predictorum locator obligavit bona sua: tunc conductor potest dicere, ego volo insistere et retinere in hac re mihi locata, non tanquam ex locatione, sed tanquam mihi hypothecata pro interesse meo...*”¹²⁸⁴ (“... o comprador ... se não quer não é compelido a manter, excepto se o locatário tivesse um direito real ou da locação foi feito documento. E, para a observância do que ficou dito, o locador obriga os seus bens. Então, o locatário pode dizer: eu quero continuar e reter a coisa que me foi locada, não por força da locação mas porque me foi hipotecada para o meu interesse”). Sublinham-se dois pontos indicados pelo jurisconsulto natural de Arezzo: era a hipoteca e não a locação que impedia a expulsão pelo comprador; a garantia do interesse do arrendatário atribuía-lhe um direito real e, por força deste, a locação era imposta ao comprador.

BARTOLOMEU SOCINO citava o comentário de BÁRTOLO a D.24,3,25,4 como arrimo para afastar a solução de C.4,65,9, reconhecendo à hipoteca o efeito de constituir um direito real que permitia reter a coisa locada; era expressamente referido um direito de retenção que visava a observância do contrato: “... *singularis successor nom tenetur stare colono, ut est casus in [C.4,65,9] tamen in casu nostro dico quod tenetur stare colono: quia colonus habet dicta bona locata hypothecata: ut patet ex instrumento locationis. quo casu Bart. in terminis in [D.24,3,25,4] concludit quod colonus potest rem locatam iure hypothecae retinere pro observatia locationis: quia dicitur habere ius in re*”¹²⁸⁵. O jurista de Siena rebatia vigorosamente a corrente que propugnava a possibilidade de despejo como contrapartida do pagamento do *id quod interest*, apontando a semelhança entre a hipoteca e o domínio útil; ora, quem era titular do domínio útil não podia ser expulso (“*oferendo interesse licet avocare rem hypothecatam a priore creditore (...) illa opinio non est vera, & est contra Bart. in*

¹²⁸³ BALDO, *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,65,9, nº 11, fl. 140 verso.

¹²⁸⁴ ÂNGELO ARETINO, *In Institutiones Iustiniani Commentarii*, cit., ad I.3,24,5, nº 4, fl. 178.

¹²⁸⁵ BARTOLOMEU SOCINO, *Consiliorum seu Potius Responsorum, Volumen Quartum*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis, 1579 *Consilium* XC, nº 1, fl. 116.

[D.24,3,25,4] *aequiparat quod ille qui habet utile dominium illi est similis qui habet bona hypothecata, sed ille qui habet utile dominium nullo modo potest expelli...*)¹²⁸⁶.

Tratava-se de uma solução que de modo algum decorria do direito romano¹²⁸⁷ e que não era sequer justificada por qualquer alteração operada pelos juristas medievais na disciplina da hipoteca¹²⁸⁸. A constituição de uma garantia hipotecária atribuía ao credor (neste caso, o *conductor*) o direito de reter a *res* quando e enquanto não lhe fosse paga a indemnização por não cumprimento, para, em última análise, exercer o *ius distrahendi* e satisfazer o seu crédito com o produto da venda da coisa hipotecada¹²⁸⁹. Mas, devido à sua acessoriedade, a hipoteca jamais lhe conferiria o direito à execução da própria prestação do devedor (o senhorio): atendendo ao regime da locação, aquele poderia sempre libertar-se da obrigação principal mediante o pagamento do *id quod interest*, com a consequente a extinção da garantia¹²⁹⁰.

Esta insubsistência dogmática foi apontada por BARTOLOMEU DE SALICETO¹²⁹¹, Autor para quem as fontes eram soberanas e que evitava as longas séries de citações que marcavam as obras da época¹²⁹².

SALICETO questionava se o comprador era obrigado a manter o arrendatário quando obrigasse os seus bens: “... *quaero conduxit quis domum pro certa mercede, sub certa poena promissa a domino si conveniret, & sub obligatione bonorum suorum, & sic habet conductor domum, quaerit tunc si dominus alienavit eam, an emptore teneatur stare colono*” (“... *quem tomou em locação uma casa por certa renda, mediante a promessa de uma determinada pena a que o proprietário a submeteu, e*

¹²⁸⁶ BARTOLOMEU SOCINO, *Consiliorum seu Potius Responsorum, Volumen Quartum*, cit., *Consilium* XC, nº 3, fl. 116.

¹²⁸⁷ Neste sentido: FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 18; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 85; SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., p. 292.

¹²⁸⁸ A propósito do tratamento medieval da hipoteca, cf., por exemplo, BUSSI, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, cit., pp. 143 e ss., e PAUL J. DU PLESSIS, *Towards the Medieval Law of Hypothec*, in JOHN W. CAIRNS/PAUL J. DU PLESSIS (ed.), “The Creation of the *Ius Commune*. From *Casus* to *Regula*”, Edinburgh University Press, 2010, pp. 159 e ss., especialmente 165 e ss..

¹²⁸⁹ Sobre o direito de apreensão da posse da *res* (através da *actio quasi Serviana*, *Serviana utilis*, *hypothecaria* ou *pignoratícia in rem*) e posterior venda pelo credor hipotecário, remete-se para VIEIRA CURA, «*Fiducia cum Creditore*», cit., p. 168, e ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Hipoteca (Direito Romano)*, in BFDUC, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012, pp. 546-547.

¹²⁹⁰ A propósito do carácter acessório da hipoteca, *maxime* sua extinção devido ao cumprimento da obrigação garantida (D.20,6,6 pr. e D.46,3,43), cf. SANTOS JUSTO, *Hipoteca (Direito Romano)*, cit., pp. 578-579.

¹²⁹¹ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 85-86.

¹²⁹² Vide, a propósito, LANGE/KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, cit., p. 798.

mediante a vinculação dos seus bens, pergunta-se então se o comprador estaria obrigado a manter o arrendatário se o proprietário alienasse a casa”¹²⁹³.

Seguidamente, atribuíu a BARTOLO a opinião de que o comprador estaria, de facto, obrigado a manter o arrendatário, pois este adquirira um *ius in re* por via da hipoteca (“*Et fuit Bar. in opinio quod tenetur stare, nec potest eum expellere propter ius hypothecae, quod habet in re...*”)¹²⁹⁴ – e contrariava tal tese.

Invocando aquilo que já aconselhara muitas vezes, BARTOLOMEU DE SALICETO declarava que a hipoteca era aposta ao contrato de locação apenas para facilitar a efectivação do pagamento das penas convencionadas ou da indemnização por não cumprimento da obrigação do locador, pois a outra coisa este não poderia ser obrigado. Seria pensável reter a *res* locada enquanto a pena ou a indemnização não fossem pagas, mas estava errado afirmar que o locatário manteria a detenção porque não podia ser expulso. “*Ego consului multoties contrarium, quia hypotheca non est apposita, nisi causa facillioris exactionis poenae, vel interesse si patientiam per locatorem non praestatur, cum ad alium non obligetur locator (...)* Si igitur on hanc causam dicat se retinere velle pignoris loco donec ei solvatur interesse, vel poena, puto posse. Sin autem dicat, quod vult stare in colonia, vel habitatione, quia non potest expelli, male dicit...”¹²⁹⁵.

No seu comentário ao *Codex* encontramos a mesma ideia: “*Ego multoties dixi dictum suum procedere si dicat se velle retinere iure pignoris donec ei solvatur interesse vel pena adiecta & non ultra unde emptore offerente interesse penam ubi pena fuisset adiecta dixi quod postea poterat expelli quia hypotheca ad aliud non fuit apposita ...*”¹²⁹⁶.

PAULO DE CASTRO expunha que, se fosse aposta ao *instrumentum* notarial de locação a vinculação dos bens ao pagamento do interesse do arrendatário, este adquiria um direito real, não podia ser expulso pelo comprador e estava legitimado a reter a coisa arrendada: “... *hodie tamen, quia communiter fiunt instrumenta de locatione, & in instrumentis notarii solent apponere pro observantia instrumenti, quod quaelibet pars obligat se, & sua bona, cum res conducta sit obligata conductori ad interesse, & sic*

¹²⁹³ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), n° 3, fl. 124.

¹²⁹⁴ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), n° 3, fl. 124.

¹²⁹⁵ BARTOLOMEU DE SALICETO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., D.19,2,32(35), n° 3, fl. 124.

¹²⁹⁶ BARTOLOMEU DE SALICETO, *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,9.

*habeat ius in re, videtur quod non possit expelli per emptorem, sed ratione ipsius iuris possit ipsum retinere*¹²⁹⁷. Mas, a propósito de D.24,3,25,4, deixava-se bem claro que assim não era se o comprador oferecesse ao arrendatário uma soma pecuniária que o indenizasse: “... *non poterit expelli colonus, vel inquilinus per emptorem, quia poterit retinere loco pignoris, nisi forte emptor offerret sibi omne interesse*”¹²⁹⁸.

O contributo de ALEXANDRE TARTAGNA não parece diferir. O Autor preconizava, num *consilium*, a hipoteca geral como meio de o arrendatário conseguir o respeito pelo que fora convencionado no *instrumentum* de locação: “... *quia in instrumento praefatus locator seu eius procurator obligavit omnia bona dictae praepositurae pro observantia contentorum in instrumento, sequitur, quod dicti conductores saltem pro poena & interesse retinere possunt dictum nemus, tanquam eis obligatum. Et sic in eo habent ius in re, adeo quod possunt locatori, & eius singulari successor resistere, quia si habet actionem in rem...*”¹²⁹⁹ (“... porque no referido documento o locador ou o seu procurador obrigaram todos os bens à observância do contido no documento, decorre que os ditos arrendatários podem reter o mencionado pasto, pelo menos por causa da pena ou do interesse, tal como a eles foi obrigado. E, assim, têm sobre ele [o pasto] um direito real, de tal modo que podem resistir ao locador e ao seu sucessor singular, porque têm uma acção real...”). Atente-se que, como a hipoteca conferia um *ius in re* ao locatário, o direito de manter o gozo da *res* seria oponível *erga omnes* e, por isso, não o deixaria de ser face ao sucessor (e, obviamente, perante o próprio locador).

Analogamente, no comentário a D.24,3,25,4, TARTAGNA negava a possibilidade de expulsão quando fossem obrigados todos os bens do locador ou, pelo menos, a *res* locada (“... *si conductor pro observantia locationis habet ex conventionem obligata bona locatoris, vel saltem fundum locato, non poterit expelli a singulari successorem locatoris, qui habet ius in re...*”)¹³⁰⁰. Mas acrescentava que a hipoteca, sendo acessória da obrigação principal, não podia ampliar o direito garantido (que era

¹²⁹⁷ PAULO DE CASTRO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., ad D.19,2,25(28),1, n° 1, fl. 132 verso. Com base neste excerto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 85, imputa ao afamado jurista a opinião de que a hipoteca permitia ao locatário o gozo da coisa até ao termo do período contratual. Como se observará de seguida, trata-se de uma análise que peca por falta de rigor.

¹²⁹⁸ PAULO DE CASTRO, *In Primam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis, 1594, ad D.24,3,25,4, n° 4, fl. 23 (e não 32, como por lapso consta da obra).

¹²⁹⁹ ALEXANDRE TARTAGNA, *Consiliorum Seu Responsorum, Liber Quintus*, Apud Haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610, *Consilium CXVIII*, n° 20, fl. 120 verso.

¹³⁰⁰ ALEXANDRE TARTAGNA, *Commentaria in I. & II. Infort. Partem*, Apud Iuntas, Venetiis, 1620, ad D.24,3,25,4, n° 2, fl. 44 verso.

meramente obrigacional) e, por isso, o pagamento do *id quod interest* do arrendatário permitia o despejo: “*Praedictis tunc adde quod imo conductor habens hypothecam in rem conductam videtur non ex hoc teneri stare colono, quia cum hypotheca bonorum sit accessoria ad obligationem principale, quae solum datur ad interesse, si colonus patientiam non habuit [D.19,2,25,1]. Et sic videtur, quod hypotheca non ampliet hoc ius actionis personalis (...) successor singularis offert interesse colono habenti fundum hypothecatum, videtur quod cum possit expellere*”¹³⁰¹.

As obras da época demonstravam uma intenção de regular a vida social em moldes inteiramente distintos dos que defluíam das fontes romanas, onde estas situações tinham um simples enquadramento contratual e eram tuteladas por *actiones in personam*. Quando, no comentário a C.4,65,9, BÁRTOLO narrava que “*Et cum mihi occurrisset, feci fieri protestatione a conductore, ut diceret se detinere pro obligatione sibi facta, quod se non inquietet, quod tene etiam menti perpetuo*” (“Como tivesse ocorrido a mim, aconselhei ao locatário que não se inquietasse e dissesse que detinha de acordo com a obrigação assumida, porque desse modo tem carácter perpétuo”)¹³⁰², estava presente a intensa actividade de pareceres que a questão suscitava. Recorde-se que também BARTOLOMEU DE SALICETO dava conta das frequentes consultas que lhe eram dirigidas (“*Ego consului multoties*”).

O recurso ao *ius in re* derivado da hipoteca era, pois, outra prova do desfavor em que a solução romana tinha caído e do progressivo esvaziamento do seu conteúdo. Se a locação fosse celebrada por dez ou mais anos, considerava-se que o locatário era titular de um direito real, dada a aceitação da figura da *locatio ad longum tempus* – e a regra “*emptio tollit locatum*” deixava de ser aplicável¹³⁰³. Com os Comentadores e a elaboração doutrinal em torno da garantia hipotecária atingia-se o mesmo objectivo, ainda que o prazo contratual fosse inferior a dez anos¹³⁰⁴.

O mencionado esvaziamento era feito dentro do próprio sistema do *Corpus Iuris Civilis*, o que se compreende: os juristas medievais não podiam colocar em causa, sem

¹³⁰¹ ALEXANDRE TARTAGNA, *Commentaria in I. & II. Infort. Partem*, cit., ad D.24,3,25,4, nº 4, fl. 44 verso. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 86, nota 15, considera que o citado *consilium* de TARTAGNA apresentava a solução diversa (direito de retenção da coisa até ao final do prazo). Cremos que não se pode concluir com certeza que o Professor da Idade Média tenha defendido duas soluções contraditórias, até porque no *consilium* se referia que a retenção era, *pelo menos*, por causa da pena e do interesse (“*saltem pro poena & interesse retinere possunt*”). Na verdade, no comentário a D.24,3,25,4, a exposição era idêntica à do parecer (anotação nº 2) mas adiante (nº 4) apresentava-se o desvio que sofria quando era pago o *id quod interest*.

¹³⁰² BÁRTOLO, *In Duodecim Libros Codicis*, cit., ad C.4,65,9, nº 2, p. 453.

¹³⁰³ Passe a falta de rigor da máxima.

¹³⁰⁴ SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., p. 292.

mais, pontos fulcrais daquilo que estavam a ajudar a renascer. De acordo com essa lógica, o ataque tinha de ser efectuado pelos flancos e daí derivava, por vezes, o carácter artificial das construções utilizadas (porque formalmente respeitador do *ius romanum*)¹³⁰⁵.

1.1.3.5 – A *locatio ad longum tempus*

A continuidade entre a Escola dos Glosadores e os Comentadores foi perfeitamente ilustrada pela aceitação e desenvolvimento da figura da *locatio ad longum tempus*¹³⁰⁶ como contrato celebrado por um período não inferior a dez anos¹³⁰⁷ e que atribuía ao *conductor* o domínio útil da *res*, a posse e uma tutela processual *in rem*.

Já os ultramontanos acolhiam nas suas obras a criação bolonhesa. RÉVIGNY, a propósito de C.4,65,9, apontava que a *locatio ad non modicum tempus* excepcionava a aplicação da regra da inoponibilidade da locação ao sucessor a título singular do locador, dada a protecção de cariz real que oferecia ao locatário (que era titular do domínio útil): “... *qui conduxit ad non modicum nam ille habet utile dominium & utilem rei vendicationem contra omnem possessorem. unde ante tempus conductionis expelli non potest ut* [D. 43,18,13,1; D.6,3,1-2]”¹³⁰⁸. O comentário de BELLEPERCHE, por seu turno, revelava com nitidez a inversão dos textos romanos que se operava: D.43,16,1,9 era verdadeiro para quem cultivava *ad modicum tempus*, mas, se o fizesse *ad non modicum*, tinha um *ius utile* sobre a coisa e era possuidor natural: “*Praetera lex est expressa, ut supra* [D.43,16,1,9], *quod est verum, unde de illo, qui ad modicum tempus colit, si autem colit ad non modicum tempus, tunc ius utile habet, & possessionem naturalem*”¹³⁰⁹.

CINO vislumbrava na *locatio ad non modicum tempus* (cuja duração, na sua opinião, ficava ao arbítrio do juiz, embora não deixasse de referir a solução dos dez anos) um modo de transferência do domínio útil, à imagem da enfiteuse: “... *quod locatus est fundus per non modicum tempus quod est arbitrio iudicis. Sed secundum*

¹³⁰⁵ Nas palavras de SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., p. 292, “*rather artificial*” – o que vale, obviamente, para a teoria que defendia que a hipoteca tornava o direito do locatário oponível ao sucessor até ao final do período convencionado.

¹³⁰⁶ Vejam-se, novamente, GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 137 e ss., e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 77 e 88.

¹³⁰⁷ Era a posição maioritária, mas não unânime, havendo Autores que entendiam que a questão deveria ser decidida segundo o arbítrio do magistrado: cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 151-153.

¹³⁰⁸ RÉVIGNY, *Lectura*, cit., ad C.4,65,9, fl. CCIX verso.

¹³⁰⁹ BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., ad D.43,16,1,22, n° 10, p. 31.

*glossa ultra novennium usque ad x. annos inclusive secundum naturam emphiteosis (...)
nam & dominium utile transfertur in conductorem*”¹³¹⁰.

ALBERICO DE ROSATE distinguia a posição do arrendatário conforme fosse *ad modicum* ou *ad longum tempus*; no segundo caso, não podia ser antecipadamente expulso pelo locador (“... *Colono seu Inquilino ad modicum tempus, quia nullo modo possidet (...)* *aliam in eo qui est ad longum tempus & habet ius in re (...)* *expelli non posse*”)¹³¹¹ ou pelo sucessor a título singular (“... *colono (...)* *ad longum tempus vel emphyteota, et tunc emptor habet ei necesse stare* ”)¹³¹². Como se deviam fornecer critérios de decisão para a fixação judicial do *longum tempus*, ROSATE votava pelos dez anos: “... *numquid committitur iudicis arbitrio, cum lege non caveatur iustitiam vel iniustitiam causae iudicis arbitrio federe debere, unde dic modicum esse, quod est intra decennium & non modicum sive longum tempus decem anni*”¹³¹³.

Em sentido idêntico, o carácter real da *locatio ad longum tempus* levava FAURE a considerá-la uma excepção a C.4,65,9, quer quanto ao *colonus*, quer ao *inquilinus*, tal como estabelecia a Glosa: “*Item fallit in colonum ad non modicum tempus (...)* *Quid de inquilino? Dic idem: secundum glossa*”¹³¹⁴.

Para BÁRTOLO, a locação celebrada por um prazo de dez anos conferia ao locatário o domínio útil. Desta feita, como era titular de um direito real, não podia ser expulso pelo comprador ou pelo legatário: “... *si in decem annos, tunc conductori quareretur utile dominium (...)* *& sic haberet ius in re, unde non potest repelli ab ipso emptore, vel legatario*”¹³¹⁵.

BALDO não se desviava do que ensinara o seu Mestre: a *locatio ad longum tempus* era um dos seis contratos que transferiam o domínio útil (“*Sex dicuntur esse contractus, ex quibus transfertur dominium utile, & non directum, sicut (...)* *contractus locationis ad longum tempus (...)* *est ubicunque includit decem annos*”)¹³¹⁶ e, por isso, conferia ao locatário uma protecção *in rem* (“...*per meram locationem non acquiritur*

¹³¹⁰ CINO, *Lectura*, cit., ad C.4,66,1, fl. 200 verso.

¹³¹¹ ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,3, n° 4, fl. 238 verso.

¹³¹² ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in Primam Codicis Partem*, cit., ad C.4,65,9, n° 1, fl. 239 verso.

¹³¹³ ALBERICO DE ROSATE, *Commentarii in Primam Digesti Novi Partem*, cit., ad D.43,18,1,3, n° 3, fl. 135 verso.

¹³¹⁴ FAURE, *In Iustianianum Codicem Breviatium*, cit., ad C.4,65,9, fl. CXV.

¹³¹⁵ BÁRTOLO, *Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., ad D.19,2,32, n°1, fl. 125.

¹³¹⁶ BALDO, *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,66, n°s 1-2, fls. 145-145 verso.

utile dominium, per emphyteusim vero aquiritur (...) emphyteuta agit utiliter in rem. secus in conductore, nisi conduxit ad longum tempus)¹³¹⁷ e era oponível ao comprador, que não podia proceder ao despejo antecipado (*Quid in colono ad longum tempus? Dic quod emptor cogitur stare ei, quia habeat utile ius in re, sicut habet emphyteuta*)¹³¹⁸.

Na mesma linha, indicam-se ALEXANDRE TARTAGNA (*... conductor ad longum tempus, id est ad 10. annos non poterit per singularem successorem expelli, cum habeat actionem in rem*)¹³¹⁹; *...conductor ad longum tempus habet utile dominium...*¹³²⁰) e JASÃO (*... conductor ad longum tempus dicitur naturaliter possidere (...) conductor ad longum tempus dicitur habere utile dominium in re conducta ad longum tempus, sicut emphyteuta*)¹³²¹; *...longum tempus dicitur decem annorum inclusive*¹³²²).

Dados os seus particulares efeitos, considerou-se que a *locatio ad longum tempus* consistia num negócio de alienação¹³²³. A obra de PAULO DE CASTRO pode ser convocada como exemplo desse entendimento: a locação *ad modicum tempus*, ao contrário da *locatio ad longum tempus*, não constituía uma alienação (*... dico quod locatio facta ad novem annos, non dicitur ad longum tempus, vel ad non modicum tempus, imo dicitur ad modicum, & sic non continetur sub nominae perpetuae alienationis (...) tunc autem dicitur ad longum, vel ad non modicum tempus, quando sit ad 10. annos vel ultra, quod dicitur longum tempus*)¹³²⁴.

Na síntese de PAOLO GROSSI, *“La contrapposizione consueta tra locazione ad modicum tempus e ad non modicum tempus ha quindi una profonda ragione sul piano logico, fondandosi sulla antitesi concettuale tra administratio e alienatio. La locatio rei è*

¹³¹⁷ BALDO, *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,66,1, n°s 6-7, fl. 145 verso: *“não se adquire o domínio útil pela locação, na verdade adquire-se pela enfiteuse (...) o enfiteuta dispõe de uma acção real útil, assim não sendo quanto ao locatário, a não ser que tenha tomado em locação por longo tempo”*.

¹³¹⁸ BALDO, *In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., ad C.4,65,9, n° 11, fl. 140 verso.

¹³¹⁹ ALEXANDRE TARTAGNA, *Commentaria in I. & II. Infort. Partem*, cit., ad D.24,3,25,4, n° 4, fl. 44 verso.

¹³²⁰ ALEXANDRE TARTAGNA, *Commentaria in I. & II. Digesti Novi Partem*, cit., ad D.39,2,15,26, n° 5, fl. 50 verso.

¹³²¹ JASÃO, *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., D.43,2,3,5, n° 48, fl. 70 verso: *“diz-se que o locatário por longo tempo tem a posse natural (...) diz-se que o locatário por longo tempo tem o domínio útil da coisa locada por longo tempo, tal como o enfiteuta”*.

¹³²² JASÃO, *Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Primum*, cit., *Consilium XCIII*, n° 3, fl. 124.

¹³²³ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 173. Recorde-se que, no âmbito do direito canónico, se determinava (Clem. 3,4,1) que a *locatio ad modicum tempus* não era abrangida pela proibição de alienação: cf., *supra*, II.1.1.2.5.

¹³²⁴ PAULO DE CASTRO, *Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Primum*, Apud haeredes Nicolai Bevilaquae, Augustae Taurinorum, 1580, *Consilium IIII*, n° 3, fl. 3.

*un atto di ordinaria amministrazione; la locatio rei ad longum tempus è un atto di alienazione...*¹³²⁵.

Desta distinção entre actos de mera administração e actos de alienação emergiam consequências de importante alcance prático: se a locação fosse *ad longum tempus* havia uma alienação, que eventualmente poderia ser proibida (como acontecia com os fideicomissos familiares) ou cuja validade podia depender do consentimento de terceiros, v.g., o senhor feudal (nos casos de locação do feudo)¹³²⁶.

¹³²⁵ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 174.

¹³²⁶ Para mais desenvolvimentos, que agora não são pertinentes, remete-se para COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., pp. 358 e 388. Como se examinará, *infra*, II.1.3.4, esta questão reflectiu-se nas nossas Ordenações, que em vários dos seus preceitos estabeleceram disciplinaa próprias para os arrendamentos concluídos por dez ou mais anos.

1.2 – A ciência do direito comum nos séculos XVI, XVII e XVIII

1.2.1 – O Humanismo Jurídico (*Mos Gallicus*)¹³²⁷

1.2.1.1 – A não realização coactiva da prestação do locador

O Humanismo jurídico manteve-se fiel à regra da condenação pecuniária¹³²⁸, o que não admirará, dada a sua intenção de estudo das fontes romanas numa perspectiva de conhecimento do direito clássico.

CUJÁCIO aceitava, é certo, que o *venditor* pudesse ser compelido à *traditio* da *res*, o que fundamentava nas *Pauli Sententiae* 1,13a,4¹³²⁹: “*venditor autem cogi potest*,

¹³²⁷ Tradução dos ideais humanistas no campo do Direito e seguidor da Antiguidade clássica como modelo, o Humanismo jurídico será o responsável pelo primeiro forte abalo do *ius commune* que se cimentara desde o século XI. Encontrando o seu apogeu na França de quinhentos, o “*mos gallicus iura docendi*” combateu a *interpretatio* medieval, a opinião comum dos Doutores em que ela se cristalizara e aquilo que considerava como desvios incultos à pureza do direito romano clássico. Vide, por exemplo: NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Tip. da E.N.P. (Secção Anuário Comercial de Portugal), Lisboa, 1964, pp. 37 e ss., ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 353 e ss.; ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., pp. 350 e ss.; SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., pp. 37-39; RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., p. 54; MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 88-101; DOMENICO MAFFEI, *Gli Inizi dell’Umanesimo Giuridico*, 3ª reimpressão anastática da edição de 1956, Giuffrè Editore, Milão, 1972; WIEACKER, *História*, cit., pp. 89 e ss. e 178-180; WESENBERG/ WESENER, *Historia*, cit., pp. 109-112; CAVANNA, *Storia*, I, cit., pp. 172 e ss..

Sobre os motivos que levaram ao florescimento culto em França (onde a decadência da sociedade medieval era mais acentuada e se encontrava uma forte tendência de corte com o Sacro Império, que se entendia representado pelo direito justinianeu), o interesse de vários dos seus representantes em apresentar o direito romano como um produto histórico e não vigente (assim se dando espaço a uma codificação nacional), bem como os objectivos sociais que permearam o labor da Escola (pese embora a perspectiva antiquarista), cf., v.g., DOMENICO MAFFEI, *Gli Inizi dell’Umanesimo Giuridico*, cit., capítulos IV e V, pp. 162 e ss., WESENBERG/ WESENER, *Historia*, cit., pp. 112-113, MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 96-98, PETER STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 78-79, e KLAUS LUIG, *Humanismus und Privatrecht*, in “*Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*”, Leykam Verlag, Graz, 1992 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998), pp. 285 e ss..

¹³²⁸ Neste sentido, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 544-545.

¹³²⁹ Recorde-se o seu teor: “*Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet*”. Esta passagem está aparentemente em contradição com outras, como GAIUS 4,48 e D.19,1,1 pr.. É provável, todavia, que PAULUS se referisse à falta de *traditio* ou de *mancipatio* como fundamentos de uma eventual *actio* por incumprimento intentada pelo comprador, mas sem pressupor qualquer questão de cariz executivo (como expõem WILLIAM WARWICK BUCKLAND/ARNOLD DUNCAN McNAIR, *Roman Law and Common Law: a Comparison in Outline*, 2ª edição, University Press, Cambridge, 1952, p. 413), não se consagrando, ao arrepio de outros textos, uma *condemnatio ad ipsa rem* (W. W. BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, University of London Press, Londres, 1911, p. 41).

Em todo o caso, e na conclusão de GEORGE VLAVIANOS, *Specific Performance in Civil Law*, in “*Revue Générale de Droit*”, 1993, p. 519, a *sententia* é anómala – o que também leva VIEIRA CURA, *O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Civis Espanhol e Português*, cit., p. 93, a concluir que a obrigação de transferência da

*ut tradat*¹³³⁰. Sublinhe-se que, para alcançar este resultado, não se seguiam as doutrinas medievais baseadas na equidade (MARTINHO) ou na analogia com a obrigação de *dare* (*maxime*, BÁRTOLO), mas invocava-se, significativamente, um texto atribuído a um jurisconsulto romano.

Para um vulto da dimensão de HUGO DONELO, porém, mesmo o vendedor, se não entregasse a coisa vendida, apenas poderia ser condenado ao pagamento do *id quod interest*: “*si procacia et contumacia venditoris traditio non fiat, iudicem curare debet, ut condemnatio fiat in id quod emptoris interest*”¹³³¹.

Foi, aliás, FABRO – um dos mais importantes representantes da escola culta – quem formulou o célebre adágio “*nemo praecise cogi potest ad factum*”. Com efeito, a propósito de D.8,5,6,2, FABRO escrevia: “[*n*]emo praecise cogitur ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest”¹³³². Ou seja, se alguém se obrigou a um *facere*, tal não podia ser coactivamente executado sem o uso da força física contra o devedor, pelo que o pagamento do valor dos danos causados impunha-se como sucedâneo da obrigação¹³³³.

Não será estranho, portanto, que os jurisconsultos humanistas se tenham pronunciado pela simples condenação do locador que não proporcionava o gozo da coisa ao pagamento de indemnização por equivalente¹³³⁴, como demonstram passagens da autoria de CONNANO (“*locator obligatus est ad rem tradendam (...) Quod nisi fiat, locatoris culpa plectitur damno litis, aestimati quanti interest conductoris*”)¹³³⁵, CORÁSIO (“*Declara, certum est dominum deiicientem, seu spoliante colonum teneri actione ex locato in id, quod coloni interest: in quo eriam lucrum eius continebitur* [D.

propriedade ali pressuposta “*não corresponde rigorosamente ao direito clássico*”, na vigência do qual impedia sobre o vendedor apenas o dever de entregar a *res*.

¹³³⁰ *Paratitla in Novem libros Codicis Justiniani repetitae praelectionis*, in *Opera, Pars Prior, Tomus Secundus*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758, ad C., 4,49, col. 252 – cf., por exemplo, REPGEN, *Vertragstreue*, cit., p. 328.

¹³³¹ *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Quartus*, cit., Lib. XV, Cap. III, VI, col. 38.

¹³³² *Rationalia in Secundam Partem Pandectarum*, Apud Petrum et Iacobum Choët, Colloniae Allobrogum, 1626, ad D. 8,5,6,2, p. 823.

¹³³³ Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto, o Dever de a Cumprir e o Princípio Nemo Ad Factum Cogi Potest. Providência Cautelar, Sanção Pecuniária Compulsória e Caução*, in “*Revista da Ordem dos Advogados*”, 2005, p. 442; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 21.

¹³³⁴ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 90.

¹³³⁵ *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, Apud Haeredes Iacobi Iunctae, Lugduni, 1566, Lib. VII, Cap. XI, nº 16, p. 541.

19,2,33]”)¹³³⁶, CUJÁCIO (“*Si quemadmodum diximus ante, fundo conducto colonus frui prohibeatur a locatore, vel ab eo cui locator resistere possit, hoc casu conductori est actio in id omne quod sua interest...*”)¹³³⁷, HOTMAN (“*si tota re frui non liceat (...) tum quanti conductoris interest, locator tenetur*”)¹³³⁸ e FABRO (“*Si quid ex bonis locatis sit quod conductor uti prohibeatur, sive a locatore ipso (...) ad id agendam quod interest conductoris*”)¹³³⁹.

Na cristalina síntese de DONELO, a *actio conducti* revestia-se de carácter pessoal e não concretizava qualquer direito sobre a *res* locada, não permitindo retê-la ou persegui-la (“*actio ex conducto (...) in id quod ejus interest re conducta frui licere, actio in personam est (...) non autem de [re] locata retinenda, aut persequenda*”)¹³⁴⁰.

1.2.1.2 – A tutela possessória do locatário

As soluções romanas foram acolhidas sem reticências ou complementos significativos. Ao locatário não cabia a posse da *res*¹³⁴¹, o que era exposto, por exemplo, por ANDRÉ ALCIATO (“*per locationem non transfertur possessio*”)¹³⁴², EGUINAIRE BARON (“... *colonus (...) non possidet, sed per eum dominus*”)¹³⁴³, FRANCISCO DUARENO (como possuíam em nome alheio, “*inquilinus, colonus non possident*”)¹³⁴⁴, CUJÁCIO (“*Pro alieno possidet (...) colonus, inquilinus*”)¹³⁴⁵, FRANÇOIS HOTMAN (“*colonus, & inquilinus sunt in praedio, e tamen non possident*”)¹³⁴⁶, DONELO (“*animo domini (...) absit at colono et inquilino et generaliter ab omni conductore, ideo recte*

¹³³⁶ *Opera Quae Haberi Possunt Omnia, Prior*, Excudebat Iohann Schmidt, Witebergae, 1603, ad D. 41,2,12,1, n° 55, p. 960.

¹³³⁷ *Ad Africanum Tractatus*, in *Opera, Pars Prior, Tomus Primus*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758, VIII, ad D. 19,2,35, col. 1297.

¹³³⁸ *Epitomatorum in Pandectas, Libri XXII*, in *Operum, Tomus Primus*, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, & Iacobi Stoer, Lugduni, 1599, ad D. 19,2, ¶ 18, col. 338.

¹³³⁹ *Codex Fabrianus Definitionum Forensium et Rerum in Sacro Sabaudiae Senatu Tractatarum, ad Ordinem Titulorum Codicis Iustiniani*, Sumptibus Petri Chouët, Genevae, 1659, Lib. IV, Tit. XLII, Definitio LIV, p. 481.

¹³⁴⁰ *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius, cum notis Osualdi Hilligeri*, Ad Signum Clius, Florentiae, 1841, Lib. XIII, Cap. VII, XIX, col. 855. Nesta edição falta a palavra “*re*”.

¹³⁴¹ Vide, quanto a parte da doutrina não ibérica, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 91.

¹³⁴² *Responsa, Libris Novem Digesta*, Apud Thomam Guarinum, Basileae, 1592, Lib. VI, Consil. XLVI, n° 7, col. 745.

¹³⁴³ *Institutionum Seu Elementorum*, Apud Michaëlem Vascosanum, Lutetiae, 1562, ad I. 4,15, pp. 434-435.

¹³⁴⁴ *Opera Omnia, Volumen Secundus*, Typis Josephi Rocchii, Luccae, 1765, ad D. 41,2,1, *Alter Commentarius*, Cap. I, p. 553.

¹³⁴⁵ *Commentarii in XXII Selectos Titulos Digestorum*, in *Opera, Pars Prior, Tomus Primus*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758, ad D. 41,3,13, col. 976.

¹³⁴⁶ *Commentarius de Verbis Iuris*, in *Operum, Tomi Primi Pars Altera*, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, & Iacobi Stoer, Lugduni, 1599, *Possidere*, col. 849.

dicuntur nec vivo, nec mortuo ullam possessionem habere)¹³⁴⁷, PIERRE GRÉGOIRE¹³⁴⁸, FABRO (“*numquam possederit, qui nullo nisi conductionis titulo rem tenuit*”) ¹³⁴⁹, JEAN D’ AVEZAN (“*dominus praedii locati semper possessor manet, colonus autem ipse, vel conductor quamvis sit in possessione [D. 6,1,9] non est tamen vero possessor*”; “*colonus non soli sibi possidet, sed potius domino, a quo possidet*”) ¹³⁵⁰, FRANCISCO RAMOS DEL MANZANO (“... *coloni sive inquilii (...) habent usum rei non possessionem*”¹³⁵¹; “...*depositarius, commodatarius, fructuarius, conductor, nec proprie, nec sibi possident*”¹³⁵²), JOSE FERNÁNDEZ DE RETES (“... *conductor, qui non possident (...) dicuntur habere detentione rei, quae non est possessio*”) ¹³⁵³ ou GUILLAUME PROUSTEAU (“... *quia colonus nullam possessionem habere dicitur [D.41,3,33,1] nec sibi, sed Domino seu Locatori possidet [D.19,2,60,1]...*”) ¹³⁵⁴.

Não sendo possuidor, não tinha à sua disposição os *interdicta* possessórios, como resultava da leitura de ALCIATO (“*conductor non habet interdictum recuperandae adversus locatore*”) ¹³⁵⁵, BARON (“*Sola naturalis corporalisve possessio, detentiove rei, ad interdicendum non sufficit*”) ¹³⁵⁶, CORÁSIO (“*colonus (...) non possidet, sed detinet, nullo possessorio remedio ei succurritur, neque contra dominum neque contra tertium*”) ¹³⁵⁷, FRANCISCO BALDUÍNO (“*Necesse est, eum omnino possidere, qui hoc interdicto agit. Nec sufficeret esse in possessione...*”) ¹³⁵⁸, CUJÁCIO

¹³⁴⁷ *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VII, nº IV, col. 847.

¹³⁴⁸ *Syntagma Iuris Universi*, Apud Ioannem Pillehotte, Lugduni, 1592, *Pars III*, Lib. XXVII, Cap. I, nº 35, p. 167: “*Cum tamen conductor alius temporalis vere non possideat, sed nomine alterius, nempe domini & locantis*”.

¹³⁴⁹ *Codex Fabrianus*, cit., Lib. IV, Tit. XLII, *Definitio LVIII*, p. 482.

¹³⁵⁰ *Liber Contratum Alter – Tractatus Secundus, De Locatione et Conductione*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Quartus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1752, p. 100.

¹³⁵¹ *Ad Titulum Dig. De Adquirenda, Vel Amittenda Possessione, Recitationes Novantiquae*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Septimus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1753, *Pars Prima*, § XII, p. 81.

¹³⁵² *Ad Titulum Dig. De Adquirenda, Vel Amittenda Possessione, Recitationes Novantiquae*, cit., *Pars Prima*, § XV, p. 82.

¹³⁵³ *Ad Titulum Dig. De Adquirenda Vel Amittenda Possessione, Praelectio Academica*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Septimus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1753, *Pars Prima, Caput I*, § XVIII, p. 458.

¹³⁵⁴ *Recitationes ad Leg. XXIII Contractus Dig. De Regulis Iuris*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Tertius*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1752, *Caput XVIII*, nº 5, p. 520.

¹³⁵⁵ *Responsa*, cit., Lib. VI, *Consil. XLVI*, nº 8, col. 745.

¹³⁵⁶ *Institutionum*, cit., ad I. 4,15, p. 434.

¹³⁵⁷ *Opera*, cit., ad D. 41,2,12,1, nº 55, p. 960.

¹³⁵⁸ *Commentarii in Libros Quatuor Institutionum Juris Civilis: et Ejusdem Libri Duo ad Leges Romuli, & Leges XII Tab.*, Apud Iacobum Dupys, Parisiis, 1554, ad I. 4,15, p. 733.

“*In possessionem est (...) colonus, inquilinus (...) Qua de causa eis interdicta possessoria non dantur [D.6,1,9] sed dantur dominis, apud quos possessio remansit, veluti (...) locatori*”¹³⁵⁹, HOTMAN (“*Hoc interdictum: inquit, ei competit qui deiectus est, sive naturaliter, sive civiliter possideat (...) non colono, qui nullo modo possidet*”)¹³⁶⁰, DONELO (“*colonus, nec si per vim possessionem suam retineret (...) aut tenetur interdicto*”)¹³⁶¹, FABRO (“*interdictis aliisque actionibus possessoris recte conveniretur, quae scilicet locatorisempe competunt, conductori numquam*”)¹³⁶², RAMOS DEL MANZANO (“*interdictum uti possidetis solis veris possessoribus, non autem illis, qui duntaxat corporaliter tenent*”¹³⁶³; “*naturalis detentio non sufficiat colono, ut ei detur unde vi interdictum*”¹³⁶⁴) ou FERNÁNDEZ DE RETES (“*qui non possidet, non competeret hoc interdictum; ideo non conceditur (...) conductori*”¹³⁶⁵; “*hoc Interdictum competere tantum possessori dejecto (...) colono dejecto non detur, quia non possidet*”¹³⁶⁶).

Em coerência, uma tutela baseada em C.8,4,7 não era geralmente discutida¹³⁶⁷. O recurso ao *officium iudicis*¹³⁶⁸, vastamente preconizado pela doutrina medieval e pelo *Mos Italicus* que a seguiu, era expressamente negado por ALCIATO (“*Nec me movet diceretur, quod faltem huic deberet consuli per officium iudicis ne terbetur in perceptione fructuum. Nam respondeo, quod illa via non est intentata, nec libellus recte conceptus*”)¹³⁶⁹ e FERNÁNDEZ DE RETES (“*competere ei beneficium restitutionis in possessionem conductionis ex officio iudicis extraordinario merum commentum reputo, & sine ullo juris aut rationis fulcro*”)¹³⁷⁰, ignorado pela generalidade dos Autores (como

¹³⁵⁹ *Observationum et Emendationum Libri XXVIII*, in *Opera, Pars Prior, Tomus Tertius*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758, Lib. IX, Cap. XXXIII, col. 224.

¹³⁶⁰ *Commentarius de Verbis Iuris*, cit., *Possidere*, col. 851.

¹³⁶¹ *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VII, n° XX, col. 857.

¹³⁶² *Codex Fabrianus*, cit., Lib. IV, Tit. XLII, *Definitio LVIII*, p. 482.

¹³⁶³ *Ad Titulum Dig. De Adquirenda, Vel Amittenda Possessione, Recitationes Novantiquae*, cit., *Appendix, Caput Secundum*, § XI, p. 109.

¹³⁶⁴ *Ad Titulum Dig. De Adquirenda, Vel Amittenda Possessione, Recitationes Novantiquae*, cit., *Appendix, Caput Secundum*, § XX, p. 111.

¹³⁶⁵ *De Interdictis et Remediis Possessoriiis, Scholastica Relectio, Dictata Anno MDCLX* (in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Septimus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1753), *Pars II, I. De Interdicto, Uti Possidetis*, § XVI, p. 510.

¹³⁶⁶ *De Interdictis et Remediis Possessoriiis*, cit., *Pars III, I. De Interdicto, De Vi et Vi Armata*, § VI, p. 515.

¹³⁶⁷ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 91.

¹³⁶⁸ A propósito, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 91.

¹³⁶⁹ *Responsa*, cit., Lib. VI, *Consil. XLVI*, n° 8, col. 745.

¹³⁷⁰ *De Interdictis et Remediis Possessoriiis*, cit., *Pars III, I. De Interdicto, De Vi et Vi Armata*, § VI, p. 515.

CONNANO, CUJÁCIO, HOTMAN ou DONELO)¹³⁷¹ e só esporadicamente foi aventado¹³⁷² (v.g., por CORÁSIO¹³⁷³ e, na escola de Salamanca, por RAMOS DEL MANZANO¹³⁷⁴)¹³⁷⁵.

O mesmo definimento ocorreu com a aplicação da *condictio ex canone Redintegranda*, que não era chamada à colação no campo locatício¹³⁷⁶. Para CORÁSIO apenas seria aplicável X.2,13,18 (“*Cui tamen iam satis datum est: ideo nunc de remedio, d. c. saepe dicamus*”)¹³⁷⁷, texto que, evidentemente, não protegia o locatário, CUJÁCIO considerava que o cânone *Redintegranda* estava confinado aos assuntos da Igreja (“*can. reintegranda (...) agenti inquam de reintegranda & restituenda possessione beneficii sive sacerdotii...*”)¹³⁷⁸ e nada de novo trazia (“*can. redintegranda nihil novit inducit*”)¹³⁷⁹, ao passo que FABRO (“*Ex can. Redintegranda (...) ex quo agere nemo potest nisi qui possidet*”)¹³⁸⁰ e FERNÁNDEZ DE RETES (“*dejecto colono Interdictum redditur domino qui per eum possidet (...) & ut colono denegatur hoc Interdictum, etiam denegatur Remedium canonis redintegrandae ex aedem ratione*”, citando MENOCHIO)¹³⁸¹ negavam a sua concessão a quem não fosse possuidor.

¹³⁷¹ Cf. EMIL MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1876, p. 118.

¹³⁷² BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 369; MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, cit., p. 118; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 91.

¹³⁷³ *Opera*, cit., ad D.41,2,12,1, n° 55, p. 960: “... *inquilino, & similibus personis, qui non possident, sed detinent spoliatis, officium iudicis pro recuperanda tenuta datur*” (citando-se ACÚRSIO e BÁRTOLO); “... *colonus, & similes personae, nullo ex possessoriiis remediis iure proprio uti possint, & aequitas eis subveniendum esse dicat, eis officio iudicis succurritur*”.

¹³⁷⁴ *Ad Titulum Dig. De Adquirenda, Vel Amittenda Possessione, Recitationes Novantiquae*, cit., *Appendix, Caput Secundum*, § XI, p. 109: “*justis detentatoribus velutis colonis per officium iudicis indulgetur*”; “*justis detentatoribus spoliatis succurritur officio iudicis, ut restituantur, recipiantque possessionem*”.

¹³⁷⁵ Note-se que CORÁSIO seguiu, na matéria, muitos dos ensinamentos prevalecentes da escola italiana (MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, cit., p. 118) e que RAMOS DEL MANZANO, não obstante a sua preferência pelos métodos da Escola Culta, não deixou de acolher muitos contributos tradicionais – SALUSTIANO DE DIOS, *Derecho, Religión y Política. La Representación del Doctor Francisco Ramos del Manzano al Papa Alejandro VII Sobre la Provisión de Obispos Vacantes en la Corona de Portugal*, in SALUSTIANO DE DIOS/JAVIER INFANTE/EUGENIA TORIJANO (coords.), “*Juristas de Salamanca, Siglos XV-XX*”, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, p. 197.

¹³⁷⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 92; COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 286.

¹³⁷⁷ *Opera*, cit., ad D. 41,2,12,1, n° 55, p. 960.

¹³⁷⁸ *Ad Libros II. III. et IV. Decretalium Gregorii Noni Recitationes Solemnes*, in *Opera, Pars Posterior, Tomus Sextus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1780, ad X. 2,13, 2-4, col. 809.

¹³⁷⁹ *Ad Libros II. III. et IV. Decretalium Gregorii Noni Recitationes Solemnes*, cit., ad X. 2,13,18, col. 816.

¹³⁸⁰ *Codex Fabrianus*, cit., Lib. IV, Tit. XLII, *Definitio LVIII*, nota 7, p. 482.

¹³⁸¹ *De Interdictis et Remediis Possessoriiis*, cit., *Pars III, I. De Interdicto, De Vi et Vi Armata*, § VI, p. 515.

O Autor salmanticense expressava, aliás, sérias reservas face ao instituto canonístico *tout court*, lembrando as suas origens espúrias (um direito forjado – *jus commentitium*)¹³⁸² e defendendo que ele em nada inovava, pois limitava-se ao campo eclesiástico (“*ego hoc jus commentitium existimo; quia praedictus canon nihil novit induxit ex veriori sententia, sed nostrum Interdictum applicuit rebus Ecclesiasticis & ecclesiasticarum personarum*”)¹³⁸³ – o que acabava por reduzir a tutela possessória aos meios interditais¹³⁸⁴, na linha do aventado por CUJÁCIO.

1.2.1.3 – A extinção do contrato pelo locador

Os juristas da Escola Culta mantiveram-se fiéis aos pressupostos que já guiavam a *iurisprudencia* do direito comum¹³⁸⁵. A licitude da expulsão antecipada do *conductor* dependia da falta de pagamento da renda ou do preenchimento de alguma das hipóteses mencionadas em C.4,65,3. São compulsáveis, a título exemplificativo, os escritos de BARON (“*Sed & locator reiicere conductorem, quibusdam de caussis potest. Nam qui non solvit mercedem, exacto bienio iure expellitur, ut qui male in re conducta versatur. Sed etsi reficete domum locator velit, vel necessaria sit habitandi causa, eiiciet inquilinum*”)¹³⁸⁶, BALDUÍNO (“*Praeterea lex huius contractus continet, ne intra tempora quis expellatur: sed ex aequo & bono, certae causae exceptae intelliguntur, quibus eicii potest conductor. Eas Imperator Antoninus eleganti responso complexus est, inquiring, Aede...*”, transcrevendo-se de seguida C.4,65,3)¹³⁸⁷, CUJÁCIO (“... *ob non solutam mercedem audium conductarum (...) [C.4,65,3] significat posse expellere, & ejicere (...) expectandum est biennium (...)*”; “... *si locator aedium, idemque dominus probaverit domus suam propriis usibus essem necessariam (...) Tunc debet conductor domino locum cedere. Item si velit dominus domum corrigere (...) interea debet cedere*”; “*Praeterea expelli potest conductor, si male utatur re conducta, si fundum colat uti oportet*”)¹³⁸⁸, PIERRE LORiot (“... *si conductor vel mercedem non*

¹³⁸² Como já sabemos, as raízes da disciplina da matéria no Decreto de Graciano encontram-se nas Decretais falsamente atribuídas a “Isidoro Mercator”.

¹³⁸³ *De Interdictis et Remediis Possessoriiis*, cit., Pars III, I. *De Interdicto, De Vi et Vi Armata*, § VIII, p. 515.

¹³⁸⁴ Para esta conclusão, RUFFINI, *L’Actio Spolii*, cit., p. 376.

¹³⁸⁵ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 92-93.

¹³⁸⁶ BARON, *Institutionum Seu Elementorum*, cit., ad I.3,24(25), *Commentarii Particula Prior*, p. 313.

¹³⁸⁷ BALDUÍNO, *Commentarii in Libros Quatuor Institutionum Juris Civilis*, cit., ad I.3,24, p. 571.

¹³⁸⁸ Cf. CUJÁCIO, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes Solemnes*, in *Opera, Pars Posterior, Tomus Nonus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1781, ad C. 4,65, cols. 376-377.

solveret, vel in re locata male versaretur, vel locator ex necessaria causa post locationem urgente, re locata uti, aut illam necessario reficere vellet. his casibus conductorem expellere potest...)¹³⁸⁹, PIERRE GRÉGOIRE (“*Non enim a locatore soluta mercede expelli postest, nisi aut dominus propriis usibus domum necessariam sibi esse probaverit, aut corrigere domum maluerit: aut conductor male in re locata versatus sit*”)¹³⁹⁰ ou JEAN D’AVEZAN (“*Dixi Conductorem & colonum certis casibus expelli posse ante expletum & exactum tempus Locationis Conductionis. Hi vero quatuor sunt [C.4,65,3] (...) Praetera expelli potest colonus si fundum ut oportet non colat [D.19,2,54,1]...*”)¹³⁹¹.

Apesar de não ter apoio nas fontes romanas relativas à *locatio*, surgiu uma tendência que considerou necessário, ao menos em algumas circunstâncias, o recurso às vias judiciais para se obter o despejo¹³⁹², o que fora timidamente ensaído ainda pelos legistas medievais¹³⁹³. Tal foi visível, v.g., em NICOLAS DE BOHIER (“... *conductor nec alius quivis possessor iuste vel iniuste possidens, non debet a possessione extrahi sine iudicis auctoritate ut [C.8,4,7; C.4,19,16] (...) tamen colonum vel inquilinum non solventem, licitum est propria auctoritate expellere...*”)¹³⁹⁴, ALCIATO (“... *in hoc casum non est licitum domino propria auctoritate expellere conductorem, sed debet dare libellus, ut est communis conclusio*”)¹³⁹⁵ e FABRO (“*Conductorem, qui re conducta male utitur, expelli posse certum est. Sed an propria locatoris auctoritate & ipso facto, an iudicis accedente cognotione & imperio? Senatui placuit, non nisi causa cognita id fieri debere, ne tumultus aut iniuriae detur occasio, si locatori ius suum sine iudice exequi concedatur*”, invocando-se D.4,2,13¹³⁹⁶ e C.8,13,3¹³⁹⁷)¹³⁹⁸. Como é

¹³⁸⁹ PIERRE LORIOT, *Ad Secundam FF. Veteris Partem Commentaria*, Apud Antonium Vicentium, Lugduni, 1557, ad D. 19,2, nº 19, p. 322.

¹³⁹⁰ PIERRE GRÉGOIRE, *Syntagma Iuris Universi*, cit., Pars III, Lib. XXVII, Cap. I, nº 34, p. 167.

¹³⁹¹ D’AVEZAN, *De Locatione et Conductione*, cit., pp. 102-103.

¹³⁹² Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 93.

¹³⁹³ Vejam-se nesse sentido, *supra* II.1.1.3.3, as sugestões de ALBERICO DE ROSATE e de PAULO DE CASTRO.

¹³⁹⁴ *Consilia*, in *Decisiones Burdegalenses*, Apud Ioannem Mareschallum, Lugduni, 1595, *Consilium* XIII, nºs 16 e 17, p. 734: em regra não era permitido um despejo pelos próprios meios do senhorio, embora assim não fosse se o arrendatário não pagasse a renda.

¹³⁹⁵ *Responsa*, Lib. VIII, Consil. XXV, nº 8, col. 963. GENIUS, *últ. loc. cit.*, atribui alcance geral à passagem, mas, na verdade, ela refere-se apenas ao *hoc casu*, que é o da expulsão baseada na necessidade para uso do senhorio, que deveria ser provada e não meramente alegada (cf. nº 7: “*Quarta ratio est, quia requiritur, quod probetur ista necessitas pro usibus locatoris, ut dicitur expresse in [C. 4,65,3] & ibi Bald quia sola allegatio non sufficit, nisi etiam subsequatur probatio*”).

¹³⁹⁶ Texto já nosso conhecido, relativo à proibição de autotutela e onde se faz referência ao *decretum divi Marci*.

¹³⁹⁷ “*Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem adipisci debent*”. A versão com que os juristas da época trabalhavam era a seguinte: “*Creditores, qui non reddita*

notório, sobressaem ponderações de ordem pública e de prevenção da justiça privada¹³⁹⁹. Mas o *tholosanus* PIERRE GRÉGOIRE continuava a admitir ao senhorio a expulsão *propria auctoritate*: “*Potest & conductor cogi mercedem placitam solvere, & non solvens expelli, a re locata, etiam propria auctoritate*”¹⁴⁰⁰.

De qualquer modo, o despejo injustificado não obrigava o senhorio a mais do que o pagamento de uma quantia indemnizatória, o que derivava da negação do exercício dos meios possessórios pelo arrendatário. Esta conclusão brotou explicitamente das penas de CUJÁCIO (que impressivamente sublinhava o facto de o arrendatário não ter à sua disposição qualquer meio recuperatório, ainda que a expulsão fosse injustificada: “*Conductor (...) non habet interdictum unde vi, cum non possideat: sicut nec si expellatur a domino, vel ex causa, vel sine causa. Eadem ratione etiam interdictum unde vi non habet, sed actionem ex conducto in id quod interest*”)¹⁴⁰¹ ou DONELO, que afastava do *conductor* qualquer direito retenção do imóvel (“*Sed nec retentionem ullam habet conductor etiam adversus locatorem, qui eum pellat aedibus aut fundo. Tantumque eu pulso actio est in id quod interest, aut ad poenam...*”)¹⁴⁰².

1.2.1.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Não ofereceu dúvidas aos representantes do *Mos Gallicus* que o sucessor a título singular podia despejar o locatário, cujo direito provinha de uma pura vinculação pessoal com o locador. Se fosse privado da *res* antes de ter decorrido o período contratual acordado, o *conductor* estava legitimado, tão-só, a instaurar contra o *locator* uma *actio conducti*, para exigir o pagamento de uma indemnização pelos danos sofridos¹⁴⁰³.

sibi pecunia conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent”. Ressaltava, mais uma vez, a necessidade de recurso à autoridade pública.

¹³⁹⁸ *Codex Fabrianus*, cit., Lib. IV, Tit. XLII, *Definitio* XI, p. 468. Na nota 3 acrescenta-se, porém, que a solução era diferente se o prazo contratual já tivesse decorrido: “*Secus tamen est, si iam finita locatione velit locator conductorem propria auctoritate expellere*”.

¹³⁹⁹ O que ajuda a concluir que os humanistas não estiveram afastados de interesses práticos.

¹⁴⁰⁰ *Syntagma Iuris Universi*, cit., *Pars* III, Lib. XXVII, Cap. I, n.º 21, p. 166. O caso expressamente referido era o da falta de pagamento da renda, mas nada em contrário se dizia quando aos outros fundamentos de expulsão.

¹⁴⁰¹ CUJÁCIO, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes Solemnes*, cit., ad C. 4,65, col. 377.

¹⁴⁰² DONELO, *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VII, XIX, col. 856.

¹⁴⁰³ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 95-96, que seguiremos.

Podemos confirmá-lo pela leitura do que escreveram BARON (“*Sane emptorem fundi, non est necesse stare colono, nisi ea lege emerit: sed venditor qui locavit in certum tempus, conductori tenetur ex conducto*”)¹⁴⁰⁴, CONNANO (“*Sed hoc singulare in ea, quod re legata aut vendita a locatore, finitur, nec transit ad emporem, qui non est iuris successor; & conductio, ut dixi, dominum non mutat, nec ius aliquod reali sibi acquirit, sed actionis tantum personalis*”; “*Emptor enim aut legatarius nullo iure in colonum potest agere quam obligatum non habet: neque similiter colonus contra emptorem...*”)¹⁴⁰⁵, CUJÁCIO (“*Proxima quaestio est, an emptor ejicere conductorem possit? & constat posse; nec enim cogitur stare locationi ab alio factae*”)¹⁴⁰⁶, HOTMAN (“*itaque locatoris obligatio quia personalis est; nec adficit, nec sequitur fundum. nam si locata domus vendatur, aut legetur, emtor aut legatarius prohibere inquilinum potest [C.4,65,9; D.19,2,25,1]...*”)¹⁴⁰⁷, DONELO (“... quod traditione dominus effectus est, hoc habet etiam amplius, quod cum conductore nihil contraxit. Recte igitur dictum est in [C.4,65,9] emptorem funci non esse necesse stare colono, cui prius locavit”)¹⁴⁰⁸, EDMOND MÉRILLE (“*dominus igitur fundum vendere poterit, et emptor Colonum expellere (...) [C.4,65,9] (...) Colonus quidem agere poterit adversus dominum fundi actione ex conducto, ad id quod interest...*”)¹⁴⁰⁹, PIERRE GRÉGOIRE (“*Idipsum fit, si vendiderit aedes locatas, vel fundum, & emptor expulerit conductorem; non enim tenetur colonum vel inquilinum pati & retinere emptor praedii...*”)¹⁴¹⁰, FABRO (“*Successor singularis non cogitur stare colono, quia personalis actiones non transeunt in successorem singularem (...) Ergo non tenetur legatarius stare colono, sicuti nec emptor [C.4,65,9]*”)¹⁴¹¹ ou JEAN D’AVEZAN (“...*si Locator pendente*

¹⁴⁰⁴ BARON, *Institutionum Seu Elementorum*, cit., ad I.3,24(25), *Commentarii Particula Prior*, p. 313.

¹⁴⁰⁵ CONNANO, *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, cit., Lib. VII, Cap. XI, n° 19, p. 543.

¹⁴⁰⁶ CUJÁCIO, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes Solemnes*, cit., ad C.4,65, col. 377.

¹⁴⁰⁷ FRANÇOIS HOTMAN, *In Quattuor Institutionum Iuris Civilis Libros Commentarii*, in *Operum, Tomus Secundus*, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, & Iacobi Stoer, Lugduni, 1599, Lib. III,12, col. 666.

¹⁴⁰⁸ DONELO, *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VII, XIX, col. 856.

¹⁴⁰⁹ EDMOND MÉRILLE, *In Quattuor Libros Institutionum Imperialium Commentarii*, Apud Joannem Broedelet, Trajecti ad Rhenum, 1739, Lib. II, Tit. I, § XXXVI, p. 137, nota *Perceperit* da p. anterior.

¹⁴¹⁰ PIERRE GRÉGOIRE, *Syntagma Iuris Universi*, cit., Pars III, Lib. XXVII, Cap. I, n° 32, p. 167.

¹⁴¹¹ FABRO, *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus*, cit., ad D.19,2,32, pp. 595-596.

locatione vendiderit domum, aut fundum conductum; Emptor enim non tenetur stare Locationi a suo auctore factae...)¹⁴¹².

Os *pacta* referidos em D.19,2,25,1 e C.4,65,9 não parecem ter tido particular acolhimento entre os jurisconsultos humanistas como modo de conferir ao locatário um direito oponível ao comprador¹⁴¹³.

Para CONNANO, a celebração do *pactum* visava isentar o senhorio de responsabilidades contratuais se o comprador procedesse a um despejo antecipado: “*Itaque solet hoc emptionibus adiici, ut lege locationis obligatus emptor maneat: quia liceret ei alioqui colonum eiicere, qui paratas haberet ex ea causa in suum locatorem actiones*” (“[p]ortanto, deve adicionar à compra para que o comprador fique obrigado ao acordo de locação. Se, de outro modo, lhe permitisse que ele despejasse o arrendatário, este teria as acções contra o seu locador”). Não se vislumbra, pois, a atribuição ao arrendatário de quaisquer direitos perante o *emptor*¹⁴¹⁴.

Ademais, o Autor considerava falsa, em princípio, a opinião de que a locação se renovaria quando o comprador não expulsasse imediatamente o arrendatário (“*Ex quo putant quidam emptorem qui statim cum posset, non eiicit colonum, videri redintegrasse locationem. Quod falsum est...*”)¹⁴¹⁵, não se deixando margem aos expedientes, não inéditos na doutrina medieval, que erigiam uma relação locatícia entre o adquirente e o arrendatário.

Como vimos, HOTMAN afirmava, tendo presentes aqueles dois textos romanos, que a obrigação do locador era pessoal e não afectava nem seguia o prédio¹⁴¹⁶. Após referir a possibilidade de despejo pelo comprador, PIERRE GRÉGOIRE limitava-se a declarar que assim não seria se fosse concluído um *pactum* em sentido contrário (“*...nisi pactum cum venditori factum fuerit*”)¹⁴¹⁷, mas sem que se encontre alguma indicação segura de uma eficácia a favor de terceiro.

A exegese das fontes efectuada por CUJÁCIO, HUGO DONELO e FABRO afastava-se, ainda mais claramente, de qualquer possibilidade de uma actuação directa do arrendatário contra o sucessor singular.

¹⁴¹² D’AVEZAN, *De Locatione et Conductione*, cit., p. 103.

¹⁴¹³ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 96-97.

¹⁴¹⁴ CONNANO, *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, cit., Lib. VII, Cap. XI, nº 19, p. 543.

¹⁴¹⁵ CONNANO, *Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, cit., Lib. VII, Cap. XI, nº 19, p. 544.

¹⁴¹⁶ HOTMAN, *In Quattuor Institutionum Iuris Civilis Libros Commentarii*, cit., Lib. III, 12, col.

666.

¹⁴¹⁷ PIERRE GRÉGOIRE, *Syntagma Iuris Universi*, cit., Pars III, Lib. XXVII, Cap. I, nº 32, p.

167.

Ao referir a hipótese de ser excepcionado no pacto o direito do arrendatário, CUJÁCIO indicava que o modo de actuar perante um eventual incumprimento do comprador e exigir que se permitisse a habitação do inquilino era a *actio venditi* (“...nisi venditor, idemque locator habitationem exceptit. Quo casu est actio ex vendito secundum legi pacti, ut emptor sinat inquilinum habitare, & non repellat [C.4,65,9; D.19,2,25,1; D.19,1,13,30]”)¹⁴¹⁸. Patente ficava que era o senhorio/vendedor quem podia exercer direitos perante o *emptor* – e dentro dos limites da *condemnatio pecuniaria*, à qual o *iudicio ex vendito* também estava sujeito.

Segundo DONELO, ainda que fosse provado um pacto de manutenção do arrendatário após a venda, tal não lhe permitiria reter a posse da *res* ou actuar contra o comprador, com o qual nada contratara. Um despejo em violação do *pactum* permitir-lhe-ia, ao invés, demandar *ex conducto* o locador (ele, sim, a sua contraparte contratual) pelos danos que sofresse. Por seu turno, o senhorio/vendedor podia demandar *ex vendito* o comprador, exigindo-lhe o pagamento de quantia idêntica àquela com que indemnizara o arrendatário (“*Sed adjicitur ibidem exceptio, nisi ea lege emit, ut si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, bonae fidei iudicio ei quod placuit, parere cogatur. Verumtamen haec exceptio sic accipienda est, ut si emptor contra conventionem colonum expulerit, teneatur quidem eo nomine: non tamen eo usque prohibeatur jure colonum expellere, si colonus velit possessionem retinere, aut ut possit colonus habere actionem adversus emptorem, cum quo nihil contraxit, quantumvis contra conventionem fecerit: sed ut si ejectus colonus agere coeperit adversus priorem dominum eundemque locatorem suum ex conducto in id quod sua interest, possit locator id quod conductori praestiterit, aut praestare debeat, consequi ab emptore actione ex vendito, quia emptor fecerit contra legem venditionis [D.19,2,25,1; D.19,1,13,30]”*)¹⁴¹⁹.

No mesmo sentido se pronunciou FABRO. Para o célebre magistrado, era evidente que o *pactum* se celebrava entre o vendedor e o comprador (“*Ex pacto inter venditorem & emptorem, sive initio venditionis, sive in ipsa venditione sive incontinente post venditionem apposito...*”)¹⁴²⁰ e que os seus efeitos se produziam unicamente na esfera dos pactuantes; nomeadamente, o incumprimento do pacto permitia ao vendedor

¹⁴¹⁸ CUJÁCIO, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes Solemnes*, cit., ad C.4,65, col. 377.

¹⁴¹⁹ DONELO, *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VII, XX, cols. 856-857.

¹⁴²⁰ FABRO, *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus*, cit., ad D.19,2,25,1, p. 581.

demandar a contraparte através da *actio venditi* (“...*datur venditori actio ex vendito, si contra pactionem facere emptor velit*”)¹⁴²¹. Assim, se o comprador despejasse antecipadamente o arrendatário, em violação do acordado, estava obrigado *ex vendito* a indenizar o vendedor pelos danos que este sofresse devido uma responsabilização *ex conducto*: “*Ergo si emptor, qui cum venditore convenerat de non expellendo inquilino, vel colono, eum expulerit, teneri debet actione ex vendito in id omne quod venditoris intererit expulsus non esse conductorem. Tanti autem interesse venditoris videbitur, quantum ex ea causa conductori actione ex conducto praestare tenebitur...*”¹⁴²².

Seguindo um caminho diferente, e após ressaltar da regra geral o acordo que permitisse ao *colonus* fruir e ao inquilino habitar (“...*nisi ea lege & conditione emerit, ut & colono frui & inquilino habitare liceret*”)¹⁴²³, D’AVEZAN apresentava a *ratio* que, na sua opinião, presidia ao *pactum*: “...*nam si ea pactione emerit, ut servaret Locationem a Venditore factam, repellere non poterit, quae pactio semper intervenisse fingitur favore Fisci, videlicet Fisco vendente fundum alii Locatum, [D.49,14,50] alioqui citra hanc tacitam conventionem expulsus colonus ageret in Fiscum ex Conducto quanti interest frui Conductione praedii...*” (“Porque se comprar com esse pacto, no sentido de manter a locação celebrada pelo vendedor, não poderá despejar; no pacto intervém sempre uma ficção do “*favore Fisci*”, isto é, quando o Fisco vende um prédio rústico arrendado a outrem [D.49,14,50]. De outro modo, para lá desta convenção tácita, o arrendatário expulso agiria “*ex conducto*” contra o Fisco pelo seu interesse na fruição do prédio arrendado”). Ou seja, os *pacta* de D.19,2,25,1 e C.4,65,9 prosseguiram a mesma finalidade da convenção tácita pressuposta por D.49,14,50¹⁴²⁴ para a venda de bens do Fisco anteriormente arrendados, à luz da qual o adquirente tinha o direito de receber as rendas do ano corrente e o arrendatário mantinha o direito

¹⁴²¹ FABRO, *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus*, cit., ad D.19,2,25,1, p. 581.

¹⁴²² FABRO, *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus*, cit., ad D.19,22,5,1, p. 581.

¹⁴²³ JEAN D’AVEZAN, *De Locatione et Conductione*, cit., p. 103.

¹⁴²⁴ No ponto que aqui nos interessa (que reproduz a opinião de PAPINIANUS e MESSIUS): “*Papinianus et messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset: atque si hoc ipsum in emendo convenisset*”.

de uso¹⁴²⁵ – o Fisco deixava de ser responsabilizável pelo arrendatário por um eventual incumprimento contratual¹⁴²⁶.

Creemos que, ao recorrer (por ficção) a D.49,14,50, D'AVEZAN atribuía ao *conductor* uma posição oponível ao comprador (e vice-versa) e, assim, o jurista culto seiscentista acabava por se afastar da interpretação que prevalecera entre os humanistas, preferindo uma construção já aventada no século XVI pelo alemão BORCHOLTEN¹⁴²⁷. O que talvez fosse um reflexo de que já estava ultrapassado o zénite do vigor classicista do *Mos Gallicus*, que mesmo em França não obteve triunfos absolutos¹⁴²⁸.

Os problemas suscitados por D.43,16,12 e D.43,16,18 pr. foram tratados, ainda que limitadamente, por CUJÁCIO: o senhorio podia exercer o *interdictum unde vi* quando o arrendatário repelisse o comprador, o que era visto como uma expulsão do próprio *dominus* (“... *quinimo [sic] ipse conductor tenetur interdicto unde vi, puta, si emptore jubente domino euntem in possessionem fundi empti vi repellat, quia videtur ipsum locatorem possessione pellere...*”)¹⁴²⁹. Claro que isso não prejudicava o direito de o arrendatário exercer o *interdictum* contra outros (nomeadamente o comprador) que o esbulhassem, como expunha FABRO: “... *interdictis (...) locatori semper competunt, conductori numquam (...) Scilicet adversus locatorem a quo possessionem habet (...) Nam adversus alium a quo fuerit colonus vi deiectus nihil vetat habere illum interdictum unde vi [D.43,16,12]*”¹⁴³⁰.

De modo algo surpreendente, vários representantes do Humanismo jurídico endossaram a tese, forjada pela Escola dos Comentadores, da constituição da hipoteca como modo de atribuição ao locatário de um direito real que lhe permitiria gozar a *res* até ao final do contrato, ainda que contra a vontade do sucessor a título singular¹⁴³¹.

Segundo NICOLAS DE BOHIER, graças à hipoteca constituída a favor do *conductor*, o comprador ficava obrigado a respeitar a locação: “*hypotheca (...) emptor singularis tenetur stare locationi, quando res locata est conductori obligata*”¹⁴³².

¹⁴²⁵ Sobre o fragmento, cf., por exemplo, LÓPEZ PEDREIRA, *Emptio Tollit Locatum*, cit., p. 113, e KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., pp. 187-189.

¹⁴²⁶ KEHOE, *Investment, Profit, and Tenancy*, cit., p. 188.

¹⁴²⁷ Cf., *infra*, II.1.2.3.4.

¹⁴²⁸ Recorde-se, por todos, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 358.

¹⁴²⁹ CUJÁCIO, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes Solemnes*, cit., ad C.4,65, col. 377. Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 96.

¹⁴³⁰ *Codex Fabrianus*, cit., Lib. IV, Tit. XLII, *Definitio LVIII*, p. 482, incluindo a nota 15, já na p. seguinte.

¹⁴³¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 98-100.

¹⁴³² *Consilia*, cit., *Consilium XXXVII*, nº 5, p. 775.

Na opinião de ALCIATO, uma hipoteca geral apenas acresceria a uma mera *actio* pessoal, sem que através desta mais pudesse exigido do que o *id quod interest*. A sucessão a título singular só não afectaria o *conductor* se fosse constituída uma hipoteca especial que tivesse como objecto a coisa locada, o que, ainda assim, conferia unicamente ao arrendatário um direito de retenção até ao pagamento da indemnização devida pelo não cumprimento da obrigação de proporcionar o gozo, não impedindo um posterior despejo (ao contrário do entendimento professado por BARTOLOMEU SOCINO): “*Sed quid in conductore, qui pactus est, ne durante lustro locata alienaret, specialemque hoc nominem hypothecam in re conducta accepit? & constat non valere alienationem, tutumque eum adversus singularem successorem esse (...) generalis enim hypotheca accessio quaedam est personalis actionis, quae in id, quod interest, solum committitur [D.19,2,25,1; C.4,65,9]. Et hactenus tantum in pignoris inducit, pro eo scilicet quod interest, non ut contractus infirmetur. id in speciali hypothecae, tantum & quidem iure exorbitandi concessum est, ut hoc casu efficacior sit specialis hypotheca, quam generalis quod & quibusdam aliis casibus traditum est. habebit tamen conductor ex hypotheca generali retentionem, quod Bart. tradit, donec scilicet id, quod sua interest, sibi solvatur: quo soluto non poterit amplius rem retinere, quod adversus Socinum est receptissimum*”¹⁴³³.

Escorando-se em BÁRTOLO, CUJÁCIO repetia que a garantia hipotecária impedia a expulsão do arrendatário: “*Addit recte Bart. hic, locatorem, qui habet jus specialis hypotheae [sic- hypothecae], hic non repelli, quoniam vindicationem quoque habet jure hypothecae (...) (Idem in quolibet singulari successor)...*”¹⁴³⁴.

JEAN PAPON entendia que o efeito pretendido só seria alcançado mediante a constituição de uma hipoteca especial (“*Ores qu’un acheteur ne soit tenu ester au loüage fait auparavant par son vendeur, [C.4,65,9] si est-ce que si pour le dit loüage y a expresse & speciale hypothèque de la chose loüee au conducteur, il faudra par nécessité y demeurer: & à cet effect ne serviroit générale hypothèque de tous biens...*”)¹⁴³⁵. No mesmo sentido, sob a rubrica “*Si un acheteur est tenu garder & entretenir la ferme faicte par le vendeur*”, pronunciou-se JEAN IMBERT: “*Un acheteur*

¹⁴³³ ANDRÉ ALCIATO, *Commentariorum in Digesta, seu Pandectas Iuris Civilis*, in *Opera Omnia, Tomi I*, Apud Thomam Guarinum, Basileae, 1582, Pars IIII, ad D.30,114, nº 36, col. 1138.

¹⁴³⁴ *In Codicem D. Justiniani Notae*, in *Opera, Pars Posterior, Tomus Decimus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1782, ad C.4,65,9, col. 631.

¹⁴³⁵ *Recueil d’Arrests Notables des Cours Souveraines de France, Ordonnez par Titres en Vingt-Quatre Livres*, par JEAN CHENU, Chez Robert Fouët, Paris, 1610, Livre X, Tiltre 3, Arrest premier, p. 562.

n'est tenu ester à la ferme faicte par le vendeur de la chose vendue, sinon que celui qui l'a prinse à ferme ait ladite chose spécialement hypotequee pour l'entretènement de ladite ferme"¹⁴³⁶. O destaque dado à matéria nestes “*recueils*” demonstra a importância prática que ela assumiu.

Apesar do seu conhecido rigor na detecção de interpolações justinianeias e erros dogmáticos, FABRO também acolheu a construção medieval, que alegadamente atribuiria um direito real oponível a qualquer possuidor, incluindo o sucessor singular: “*Intellige, nisi locator omnia bona sua obligaverit conductori, ut hodie passim fieri adsolet pro contractus observatione. Hoc enim casu nascitur ex conventionem ius pignoris et hypothecae, quod cum sit reale transit in quemcunque possessorem, & singularem successorem...*”¹⁴³⁷. Deste modo, a hipoteca obrigaria o locador a prestar em espécie o gozo da *res*, sem a possibilidade de o substituir pelo pagamento do *id quod interest* se assim o preferisse: “*Siquidem is ipse qui locavit, & hypothecam constituit haud dubie in id praecise obligatus est, ut locationi a se initiae stare debeat, nec audiendus sit qui quanti conductoris interest ei offerre quam praestare patientiam mali*”¹⁴³⁸.

Para JEAN D'AVEZAN, que invocava a autoridade de BARTOLO e de CUJÁCIO, tanto uma hipoteca especial como geral permitiam ao arrendatário não ser antecipadamente expulso pelo comprador: “*Non potest etiam Conductor ab Emptore expelli ante Conductionis tempus, si eidem Conductoris fundus, vel aedes Locationis nomine specialiter aut generaliter obligatae sint, quia tunc Conductor habet Jus in re, id est, hypothecam, ut recte Bartolus sentit in [C.4,65,9] cujus opinioni adstipulatur Dominus Cujacius eoque Jure utimur*”¹⁴³⁹.

¹⁴³⁶ *Enchiridion ou Brief Recueil du Droit Escrit, Gardé et Observé, ou Abrogé en France*, reveu, corrigé, augmenté et additionné para P. GUÉNOIS, Chez la Vesue Guillaume Chaudiere, Paris, 1605, p. 116.

¹⁴³⁷ FABRO, *Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus*, cit., ad D.19,2,32, p. 596.

¹⁴³⁸ ANTÓNIO FABRO, *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris, Chiliadis Pars Prima in Decades XXV. Distincta*, Apud Franciscum Fabrum, Lugduni, 1598, *Decas XXIV, Error VII*, p. 623.

¹⁴³⁹ D'AVEZAN, *De Locatione et Conductione*, cit., p. 103.

1.2.1.5 – A crítica da *locatio ad longum tempus*; referência ao contributo do português AIRES PINHEL

O rigor da Escola Culta na análise directa das fontes romanas, que se sobrepunha à autoridade e mediação da opinião comum, ficou patente no ataque que muitos dos seus representantes dirigiram à *locatio ad longum tempus*.

Fruto da *interpretatio* medieval e assente no que era (há que o reconhecer) uma distorção dos textos do *Corpus Iuris Civilis*, a figura gerou duras críticas dos humanistas de quinhentos. O debate ilustrou o seu programa jurídico-social e as divergências filosóficas e exegético-dogmáticas que os separavam do *Mos Italicus*¹⁴⁴⁰.

Apesar da sua conhecida inclinação prática, NICOLAS DE BOHIER colocou em causa os pressupostos e as consequências lógicas da atribuição do domínio útil ao locatário. A questão levantada (“*Quaeritur an ex locatione ad longum tempus x. anno facta debeantur domino laudimia, seu accordamenta*”) ¹⁴⁴¹ partia da seguinte inferência: se uma locação *ad longum tempus* transferia a favor do *conductor* o domínio útil, também lhe acarretaria a obrigação de pagamento do laudémio.

A resposta negativa fundamentava-se na impossibilidade de a mera fixação de um prazo de dez (ou cem, ou mil...) anos conduzir ao pagamento de laudémio: “*In contrarium videtur quod non debeat laudimium ex locatione etiam in centum aut mille annos facta*”¹⁴⁴². Na verdade, era pacífico que a locação *ad modicum tempus* não transferia o domínio ou a posse: “... *licet ad hoc posset responderi quod habent locum in locatione ad modicum tempus, per quam non transfertur dominium nec possessio: ut volunt Doctorum*”¹⁴⁴³.

BOHIER expunha, então, que se devia adaptar a actuação contratual ao bom senso e aproveitamento da razão, bem como verificar se estava de acordo com a inteligência ínsita à opinião comum dos homens (“... *actus de contractibus nostri debent adaptari rebus sensatis & intellectu fruentibus & verificari in communem opinionem homini habentium intellectum. Ita maxime voluerunt Aristoteles & Averrois,*

¹⁴⁴⁰ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 181-184 e 190 e ss., e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 94-95. Ponto paralelo e também com interesse é o da recusa da divisão entre domínio directo e domínio útil por uma considerável parte dos juristas de influência humanista – sobre a questão, PAOLO GROSSI, *La Categoria del Dominio Utile e Gli Homines Novi del Quadrivio Cinquecentesco*, in “Il Dominio e le Cose. Percezioni Medievali e Moderne dei Diritti Reali”, Giuffrè Editore, Milão, 1992, pp. 247 e ss..

¹⁴⁴¹ NICOLAS DE BOHIER, *Decisiones Aureae Quaestiones*, in *Decisiones Burdegalenses*, Apud Ioannem Mareschallum, Lugduni, 1595, *Decisio CCXXXIII*, p. 435.

¹⁴⁴² BOHIER, *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXXIII*, n° 5, p. 436.

¹⁴⁴³ BOHIER, *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXXIII*, n° 5, p. 436.

quos refert Bal...)¹⁴⁴⁴. Ora, todos os homens entendiam que uma locação celebrada por dez anos não transferia nem a posse, nem o domínio, já que se tratava de um acto que dizia respeito, fundamentalmente, às partes (“*Sed omnes homines per locationem ad annos x. factam intelliguntur non transferre dominium nec possessionem: cum attendatur quod principaliter actum est inter partes*”)¹⁴⁴⁵.

Se assim não fosse, e a opinião dos Doutores insistisse que havia lugar ao pagamento do laudémio pelo arrendatário, era forçoso concluir que, quando o contrato de arrendamento se extinguísse e o domínio útil se consolidasse com o domínio directo, o próprio *dominus* estava obrigado a pagar outro laudémio, pois verificava-se uma nova aquisição: “... *alias, si opinio Doctorum volentium talem conductorem teneri ad laudimia solvenda haberet locum, sequeretur quod finita tali locatione & extincto ac consolidato utili cum directo dominio, ipse dominus tenetur solvere alia laudimia, quia censeretur nova acquisitio*”¹⁴⁴⁶.

O recurso à inteligência da opinião comum dos homens (“*communem opinionem homini habentium intellectum*”), já com algum sabor jusnaturalista, contrapunha-se à opinião comum dos Doutores (“*alias, si opinio Doctorum volentium*”): era a recusa do argumento de autoridade, ainda que com apelo a nomes cimeiros da lógica escolástica, como Aristóteles e Averróis (os quais – como frisava o magistrado francês – até eram invocados nos escritos de BALDO).

Apura-se que, como núcleo da sua argumentação, BOHIER defendia que, se a *locatio ad modicum tempus* não transferia o domínio útil, não era por ser celebrada por dez, cem ou mil anos que ela, convertida em *locatio ad longum tempus*, o passaria a transmitir. Segundo as regras do senso e da lógica¹⁴⁴⁷, o prazo aposto ao contrato, fosse esse prazo qual fosse, não influía na natureza do negócio, para mais quando se tratava de matéria que estava na disponibilidade das partes (“*principaliter actum est inter partes*”). Denunciava-se, pois, a entorse que a autonomia privada sofrera com a construção medieval – e mais uma vez surgia a liberdade face à imposição, tal como já se opusera a razão dos homens à *opinio Doctorum*. Era um ainda tímido mas perceptível afrouxamento dos vínculos com a racionalidade própria do *Mos Italicus*¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴⁴ BOHIER, *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXXVIII*, nº 5, p. 436.

¹⁴⁴⁵ BOHIER, *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXXVIII*, nº 5, p. 437.

¹⁴⁴⁶ BOHIER, *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXXVIII*, nº 5, p. 437.

¹⁴⁴⁷ E aqui sublinha-se o argumento de consequência lógica utilizado por BOHIER, com a questão do laudémio a pagar aquando da extinção da locação.

¹⁴⁴⁸ Vide a análise de GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 191-192.

Já imbuído num quadro de exegese típica do *Mos Gallicus*, CONNANO zurziu o instituto criado pela *Summa Trecensis*. Mostrando a sua aversão pela opinião comum¹⁴⁴⁹, e com a ferocidade linguística que tantas vezes marcou os remoques humanistas¹⁴⁵⁰, CONNANO apontava que, para ACÚRSIO, quem tivesse tomado em locação por dez anos o fazia *ad non modicum tempus*, posição que fora seguida “*com todos os nossos pés e mãos*”: “*Itaque Accursius ad Paulum [D.6,3] hanc sententiam probat, ut non modico tempore dicatur conduxisse, qui decem annorum conductor est. Eumque nostri omnes pedibus & manibus sequuntur*”¹⁴⁵¹.

Tal como BOHIER, CONNANO recusava que a fixação de um prazo contratual pudesse convolar o direito do locatário num *ius in re*¹⁴⁵², mas fazia-o ancorado, sobretudo, nos textos e na intencionalidade que presidira à exposição dos jurisconsultos clássicos. O discípulo de ALCIATO descrevia adiante, mais serenamente, a teoria de que qualquer prazo de dez anos equivalia a conceder ao locatário o *dominium* da *res* e a tutela *ad rem*, como se o simples tempo atribuísse, isoladamente, direitos: “*Ex quo concludunt quencumque decem annorum conductore domini instar esse, & habere facultati agendi ad rem, quasi vero solius temporis spacium hoc iuris tribuat*”¹⁴⁵³. Seguidamente infirmava tal asserção, esclarecendo que PAULUS tacitamente revelara que não havia um prazo pré-definido¹⁴⁵⁴ e que ULPIANUS¹⁴⁵⁵ expusera que não era simplesmente o *non modicum tempus* que permitia agir *ad rem*, mas sim a *causa cognita* apreciada pelo pretor (“*Quod Paulus tacite coarguit, cum tempus non praefiniat: Ulpianus autem etiam aperte, qui non simpliciter cuius non modicis temporis conductori permittit in rem agere, sed id cum causa fieri quandoque dicit*”)¹⁴⁵⁶. “*Causa cognita*”, evidentemente, no âmbito do direito de superfície¹⁴⁵⁷.

Desta feita, segundo CONNANO, não fora estabelecido um simples factor temporal, devendo ser examinadas, para além disso, as *leges locationis*, assim como as

¹⁴⁴⁹ Como assinala GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 193.

¹⁴⁵⁰ A propósito da qual se pode ver CAVANNA, *Storia*, I, p. 180.

¹⁴⁵¹ CONNANO, *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Lib. VII, Cap. XII, nº 4, p. 548.

¹⁴⁵² COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 370.

¹⁴⁵³ *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Lib. VII, Cap. XII, nº 4, p. 548.

¹⁴⁵⁴ Recorde-se que o que nos chegou através de D.6,3 (relativo, como já se observou, à locação dos *agri vectigales*) teve como fonte o *libro 21 ad edictum* de PAULUS.

¹⁴⁵⁵ Tenha-se em atenção que D.43,13,1 é um fragmento retirado de *Ulpianus libro 70 ad edictum*.

¹⁴⁵⁶ CONNANO, *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Lib. VII, Cap. XII, nº 4, p. 548.

¹⁴⁵⁷ Neste exacto sentido, consulte-se a análise do reinícola BENTO GIL, *Commentaria in L. Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur. Duabus Divisa Partibus*, Ex Officina Petri Craesbeeck, Ulyssipone, 1619, Cap. IX, nº 5, p. 252, que comentava a propósito da crítica de CONNANO: “...*illam differentiam inter locationem ad modicum, & ad longum tempus, solum in superficiario probat*”.

condições e o modo de celebração da concreta locação. Tal era demonstrado pelas palavras de ULPIANUS em D.43,18,1,3: “*Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*” (isto é, “na verdade, conhecida a causa, compete a acção real àquele que tomou em locação por tempo não módico”). E perguntava-se retoricamente: se fosse suficiente o grande prolongamento do tempo, de que o direito real seria uma consequência, que *causa cognita* existiria nas locações por período “não módico”? “*Nanque hoc in solo tempore non fuisse positum, sed praeterea leges, conditiones, & modum locationis inspici debere, satis haec Ulpiani verba demonstrant (...) Si sufficebat longinquitas temporis ad hoc ius consequendum, quid causa cognita opus fuit in eo qui non modici spacii conductor fuit?*”¹⁴⁵⁸.

Cumprido destacar um humanista contemporâneo de CONNANO e, juntamente com ele, o grande fator da crítica à *locatio ad longum tempus*: o português AIRES PINHEL¹⁴⁵⁹.

PINHEL arrazoava que, para os jurisconsultos romanos, a *causa cognita* de D.43,18,1,3 se referia somente ao superficiário, não a outros locatários que tivessem *causa* ante pessoas privadas: “... *advertendum nimis est, in solo superficiario id a iurisconsultis scribi, non in alio conductore causam habente a persona privata*”¹⁴⁶⁰.

Com efeito, o direito real era atribuído ao superficiário devido às especificidades da sua situação. Constituía, assim, um *ius singulare*, não aplicável a outras locações¹⁴⁶¹: “*Ad idem urget, non reperiri in aliis differentiam conductionis ad longum vel breve tempus, viderique singulare ius in superficiario...*”¹⁴⁶². A matéria fora tratada, por isso mesmo, fora do título relativo à locação, no título “*De superficiebus*” (“... *quum de eo extra tit. de locato separatim tractetur in tit. de superficiebus.*”)¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁸ CONNANO, *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Lib. VII, Cap. XII, nº 4, p. 548.

¹⁴⁵⁹ Sobre a atribulada vida e a importante obra de AIRES PINHEL, popular Professor em Coimbra e Salamanca, além de Advogado junto da Casa da Suplicação, consulte-se JUSTO GARCÍA SANCHEZ, *Arias Piñel, Catedrático de Leyes en Coimbra y Salamanca Durante el Siglo XVI: la Rescisión de la Compraventa por “Laesio Enormis”*, Caja Duero, Salamanca, 2004. Cf., ainda, ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., pp. 250 e ss..

¹⁴⁶⁰ *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis Doctissimi Amplissimique Commentarii*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1618, Pars III, nº 66, p. 163.

¹⁴⁶¹ Segundo D.1,3,16, “*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*”, ou seja, “o direito singular é o que foi introduzido contra o teor da razão pela autoridade dos que o constituem, por causa de alguma utilidade”. Era a particular *utilitas* pressuposta no fragmento que justificava o afastamento do *ius commune* (o direito comum ou geral) em certas situações: cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 42-43 (cuja tradução seguimos).

¹⁴⁶² AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 66, p. 163.

¹⁴⁶³ AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 66, p. 163.

Tal como CONNANO, o jurista luso entendia que, para a concessão de uma *actio in rem*, não bastava que a locação fosse *ad non modicum tempus*, uma vez que, para além disso, se exigia a *causa cognitio*: “... in [D.43,18,1,3], *ad effectum dandae actionis in rem, ultra longum tempus exigere videtur causae cognitionem*”¹⁴⁶⁴.

A antipatia pela tradição do *Mos Italicus* brotava com sarcasmo da pena de PINHEL, que empregava outro argumento retirado do teor do *Corpus*. Como D.19,2,32 (fragmento que não atribuía qualquer direito real ao arrendatário, pois afirmava que o legatário o podia proibir de cultivar o prédio) se referia a “*plures annos*” (o que abrangia prazos de dez anos), só com dotes divinatórios poderiam a Glosa e a opinião comum restringir a disposição aos contratos celebrados por menos de dez anos: “[D.19,2,32] *ubi iurisconsulti refert locationem in plures annos, eamque simplicem censet, nec ius reale ex ea transferri, & verba illa, in plures annos, decennium longiusve tempus comprehendunt, nec sine divinatione a glossa & Doctores restriguntur*”¹⁴⁶⁵.

Também a aplicação da disciplina da locação dos *agri vectigales*, tão comum entre os Glosadores e os Comentadores, merecia a reprovação do humanista português. D.6,3,1,1 mencionava locações perpétuas, mas não referia locações *ad longum tempus*; na verdade, uma locação celebrada por dez ou vinte anos não era perpétua e as palavras “*in perpetuum fundum fruendum*” não se podiam adaptar a essas situações (“[D.6,3,1,1] (...) *non enim loquitur simpliciter de locatione ad longum tempus, sed de conductione in perpetuum (...) verba enim illa, in perpetuum fruendum, iure adaptare non possunt ad conductionem, 10. vel 20. annorum...*”)¹⁴⁶⁶.

A extensão do regime dos *agri vectigales* a locações celebradas por tempo determinado (D.6,3,3) também não poderia servir de arrimo à teoria da *locatio ad longum tempus* geradora de um direito real, visto que ali estavam presentes interesses especiais do Fisco e da coisa pública: “... *ubi temporis differentia non fiat, sed cuicumque conductori agri vectigalis a fisco vel Republica actio illa in rem detur, quasi tunc aliquod dominium ei acquiratur, etiam ex conductione modici temporis; idque specialiter statuitur in conducentem rem fisci vel Reipublicae*”¹⁴⁶⁷.

Em resumo, um argumentário de índole dogmática e sistemática que fez de AIRES PINHEL uma referência para os que, no seio do *ius commune*, estudaram a criação bolonhesa. Mas, assinale-se, dentro da perspectiva de equilibrada moderação

¹⁴⁶⁴ AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 66, p. 163.

¹⁴⁶⁵ AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 66, p. 163.

¹⁴⁶⁶ AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 67, p. 164.

¹⁴⁶⁷ AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 67, p. 165.

que marcou o Humanismo jurídico em Portugal¹⁴⁶⁸. De facto, ao contrariar as múltiplas opiniões que apresentavam a *locatio ad longum tempus* como uma excepção a C.4,65,9, PINHEL não deixava de admitir que elas estavam de acordo com a equidade: “... *non posse illo textus fundari multorum opinionem, quae habet cum glossa in [C.4,65,9] decisionem illius lex non procedere in conductionem longi temporis (...) ea tamen opinio aequitatem habet*”¹⁴⁶⁹. Na expressão de PAOLO GROSSI, uma modesta, tímida, mas significativa homenagem à velha *iurisprudencia*¹⁴⁷⁰ (bem como, acrescentamos, aos seus sequazes contemporâneos de PINHEL e que este também referia, como o castelhano PEDRO DE DUEÑAS).

Outros Autores tributários do pensamento humanista também se opuseram à possibilidade de um contrato de locação com eficácia real. Desde logo, para CUJÁCIO o pretor devia examinar se as partes queriam celebrar uma simples *locatio conductio* com eficácia obrigacional ou uma locação plena que atribuísse ao locatário um direito real de enfiteuse ou de superfície: “...*quia praetor debet examinare utrum is qui locavit agrum fruendum, voluerit nudam & simplicem locationem & conductionem contrahere, an plenior conductionem, in re ipsa jure aliquo concessa, constitutoque: alia est conductio simplex & vulgaris, quae nullum jus tribuit conductori in rem ipsam, obligationem tantum parit conductori in personam: alia est conductio plenior, quae jus tribuit in rem ipsam & (...) jus emphyteuticum, vel superficiarium constituit*”¹⁴⁷¹. Parece óbvio, portanto, que era afastada uma autónoma *locatio ad longum tempus* com efeitos reais.

HOTMAN apresentava duas espécies de locação quanto à duração, a temporária e a perpétua (“*Locatio alia est temporalis, alia perpetua*”)¹⁴⁷². O contrato de alienação que afluía da exposição como *tertium genus* entre a *emptio venditio* e a *locatio* era a enfiteuse, não a *locatio ad longum tempus*: “*Nunc illud tantum notabimus, eam non proprie locationem esse, sed potius quoddam alienationis genus: denique mediam quamdam speciem inter venditionem & locationem (...) Itaque emphyteuta dominus appellatur*”¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁸ Sobre o ponto, cf. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., pp. 255 e ss., e ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit. pp. 360 e 362.

¹⁴⁶⁹ AIRES PINHEL, *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, nº 68, p. 166.

¹⁴⁷⁰ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 199.

¹⁴⁷¹ CUJÁCIO, *Recitationes Solemnes Ad Tit. III. Si Ager Vectigalis, id est, Emphyteuticarius Pesatur [ad D.6,3]*, in *Opera, Pars Posterior, Tomus Septimus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1779, cols. 367-368.

¹⁴⁷² *Epitomatorum in Pandectas*, cit., ad D. 19,2, ¶ 13, col. 336.

¹⁴⁷³ HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas*, cit., ad D. 19,2, ¶ 13, col. 336.

De acordo com DONELO, a constituição de um direito de uso perpétuo ou *ad longum tempus* não ocorria nem por efeito da compra e venda, nem da *locatio conductio*, mas sim do *contractus emphyteuticarius* (“*Quod si ita detur res soli fruenda, ut si constitutus usus vel in perpetuum, vel ad longum tempus, primo quidem dubitandum, emptione esset, an locatio: tandem obtinuit neutrum esse, sed proprium contractum, qui dicitur emphyteuticarius*”)¹⁴⁷⁴. Em nota a esta passagem da autoria do Professor de Bourges e de Altdorf, OSWALD HILLIGER (1583/1619) indicava a posição contrária, defendida pela opinião comum dos Doutores: “*Volunt DD. locationem ad tempus non modicum transferre jus reale, possessionem et utile dominium*”¹⁴⁷⁵ (“pretendem os Doutores que a locação por longo tempo transfira um direito real, a posse e o domínio útil”).

Dentro do “*umanesimo largo ed aperto*” que marcou a sua obra, por influência do ensino de ALCIATO, o italiano GIULIO CLARO¹⁴⁷⁶ acusava a maioria dos Doutores de provocarem a degeneração em enfiteuse da locação celebrada por mais de dez anos (“*Quaestio valde controversa hic addenda est: num locatio ad longum tempus, sive ultra decennium facta in emphyteusin transeat & denegeret? Id quidem affirmant Doctores plerique...*”)¹⁴⁷⁷. A *locatio* não alterava o domínio da *res* e só a convenção das partes no sentido da constituição da enfiteuse – nunca o mero tempo – podia transferir o domínio útil: “*Sed negantium sententia verosimilior videtur. Tum quia non tempus, sed conventio emphyteusin facit: adeoque non temporis adjectione, sed propria conventionis forma contractus ad invicem distinguantur (...)* Tum quia ejusmodi locatione decennali, aut longiore, utile dominium non transfertur, cum locationis ea natura sit, ut dominium non mutet [D.19,2,39: “*Non solet locatio dominium mutare*”]...”¹⁴⁷⁸. A isso não obstava D.43,18,1,3, invocando-se em abono a exegese do conceito “*causa cognita*” da responsabilidade de CONNANO e de AIRES PINHEL¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁴ DONELO, *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VI, *in fine*, cols. 843-844.

¹⁴⁷⁵ DONELO, *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius*, cit., Lib. XIII, Cap. VI, *in fine*, nota 12 da col. 844.

¹⁴⁷⁶ Cf. ALDO MAZZACANE, *Claro, Giulio*, in “Dizionario Biografico degli Italiani”, vol. XXVI, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1982, pp. 141-146.

¹⁴⁷⁷ GIULIO CLARO, *Opera Omnia, Sive Practica Civilis et Criminalis, Tomus Prior*, Haeredum Cramer et Fratrum Philibert, Genevae, 1739, *Practica Civilis*, Lib. IV, § *Emphyteusis, Quaestio I*, nº 12, p. 180.

¹⁴⁷⁸ GIULIO CLARO, *Opera Omnia, Sive Practica Civilis et Criminalis, Tomus Prior*, cit., Lib. IV, § *Emphyteusis, Quaestio I*, nº 13, p. 180.

¹⁴⁷⁹ GIULIO CLARO, *Opera Omnia, Sive Practica Civilis et Criminalis, Tomus Prior*, cit., Lib. IV, § *Emphyteusis, Quaestio I*, nº 15, p. 180.

Na sua minuciosa e longa análise de erros jurídicos, FABRO considerava como tal a *locatio ad longum tempus*: perante a questão “*De locatione ad longum tempus, & an laudimium ex ea debeatur*”¹⁴⁸⁰, o Autor logo a qualificava como absurda (“*Perinde absurda videri possit hac questio...*”), uma vez que era seguro que a locação não transferia o *dominium* (“*Tam enim certum est ex locatione dominium transferri non posse (...)* [D.19,2,39]”)¹⁴⁸¹.

FABRO criticava a duração de dez anos como medida de um *longum tempus*: o contrato celebrado por um período inferior a dez anos frequentemente acabava por durar mais do que isso, em virtude de renovações (“*Atque ita interpretes quoque omnes sentium in locatione quae facta sit ad breve tempus, id est quod sit brevis decennio, tametsi saepius renovata fuerit, atque ita per plures annos duraverit*”)¹⁴⁸².

Por outro lado, as fontes nunca se referiam a uma locação concluída *ad longum tempus*, mas apenas à locação dos *fundi vectigali, emphyteuticario* e *superficiario*, em perpetuidade ou *ad non modicum tempus*: “*Quibus tamen locis non simpliciter de conductione agitur quae facta sit ad longum tempus, de qua nunca loquimur, sed de fundo vectigali, vel emphyteuticario, vel superficiario qui locatus sit vel in perpetuum, vel saltem ad non modicum tempus*”¹⁴⁸³.

JEAN D’AVEZAN era peremptório: não decorria da natureza da locação a transferência do domínio (“*licet ex natura Locationis hoc non sit ut dominium transeat*”)¹⁴⁸⁴. O humanista tardio apresentava como contratos que transferiam o *dominium* da *res* a locação perpétua e a enfiteuse, mas sem qualquer vestígio da *locatio ad longum tempus*.

O Professor de Orleães GUILLAUME PROUSTEAU expunha que, segundo D.19,2,39, a *locatio* não transferia o *dominium*, ao contrário da compra e venda, da doação, da permuta ou do dote (“*... non item transferenda quoad Dominium, sicut in Emptione, Donatione, Permutatione, Dote, & pluribus aliis, quia non solet Locatio*

¹⁴⁸⁰ “*Da locação por longo tempo e se por ela é devido laudémio*”.

¹⁴⁸¹ FABRO, *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris, Chillas Absoluta seu Quarta et Postrema Pars*, Sumptibus Samuelis Crispini, Coloniae Allobrogum, 1615, *Decas C, Error V*, p. 939.

¹⁴⁸² FABRO, *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris, Chillas Absoluta seu Quarta et Postrema Pars*, cit., *Decas C, Error V*, p. 940.

¹⁴⁸³ FABRO, *De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris, Chillas Absoluta seu Quarta et Postrema Pars*, cit., *Decas C, Error V*, p. 940.

¹⁴⁸⁴ D’AVEZAN, *De Locatione et Conductione*, cit., p. 101.

dominium mutare [D.19,2,39]”)¹⁴⁸⁵. A locação por longo tempo não era apresentada como excepção.

Desta maneira, a reiterada recusa da *locatio ad longum tempus* pelos membros da Escola Culta conduzia a um resultado, que despontava com particular acuidade dos trabalhos de CUJÁCIO, HOTMAN ou DONELO: só o contrato de enfiteuse transferia o domínio útil do prédio, a ele devendo as partes recorrer quando quisessem que a cedência do uso produzisse efeitos reais. A *locatio* era imprestável para tal fim e não deixaria de o ser devido ao tempo pelo qual fosse celebrada¹⁴⁸⁶.

De outra perspectiva, a realidade político-social era totalmente diferente daquela em que o instituto fora criado: a sociedade agrária e feudal que os legistas ainda tinham conhecido¹⁴⁸⁷ sofrera múltiplas alterações. Os Humanistas viviam noutra época, na qual despontavam ideias e interesses muito distantes dos que tinham presidido à *communis opinio* de outrora¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁵ PROUSTEAU, *Recitaciones ad Leg. XXIII Contractus Dig. De Regulis Iuris*, cit., *Caput XVIII*, nº 5, p. 520.

¹⁴⁸⁶ Nesta conclusão, GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 201.

¹⁴⁸⁷ E a cujas necessidades a actividade dos Glosadores acudia, dentro da sua missão de edificadores de uma ordem jurídica consentânea com as circunstâncias que os rodeavam: assim, GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, p. 242.

¹⁴⁸⁸ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 194. Os juristas cultos assistiram ao despontar da nova sociedade pós-medieval, de contornos pré-capitalistas, e a sua análise do direito romano não deixou de ter objectivos práticos de acompanhamento da mudança, como expõe LUIG, *Humanismus und Privatrecht*, cit., pp. 286, 290 e 300-301, através de um conjunto de exemplos (pp. 291-300). A eles se pode acrescentar – estamos em crer – a censura da *locatio ad longum tempus*.

1.2.2 – O *Mos Italicus* em Itália, França, Espanha e Portugal¹⁴⁸⁹

1.2.2.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Os continuadores do bartolismo não destoaram, em regra, do legado que lhes foi transmitido. A realização coactiva da prestação do locador traduzir-se-ia, somente, numa condenação pecuniária, através da qual eram indemnizados os danos sofridos pelo *conductor* devido ao inadimplemento¹⁴⁹⁰.

São elucidativos, a este propósito, os trabalhos dos italianos EGIDIO BOSSI (“*Conductor potest agere ad interesse quando culpa vel facto locatoris damnum passus est vel non potuit uti frui, vel quando facto tertii cui locator potuit resistere*”, citando-se BARTOLO)¹⁴⁹¹, GIACOMO MENOCHIO (“*Locatorem impediens proprio facto conductorem uti re conducta, teneri ad omne interesse*”)¹⁴⁹², VINCENZO CAROCCI¹⁴⁹³, NICCOLO CARBONE (“... *quo ad actionem conducti, quod si conductor re conducta uti prohibetur, vel alius qui ab eo conduxit, actione ex conducto contra locatorem agere ad interesse potest, per [D.19,2,7] (...) etiam conductorem passum in re conducta posse eam pro suo interesse retinere*”)¹⁴⁹⁴, GIOVANNI PIETRO SORDI (invocando, nomeadamente, BARTOLO: “*Bart. (...) dicit, quod ob non prestitam patientiam, potest omne interesse consequi*”)¹⁴⁹⁵, PIETRO PACIONI (um Autor que, mais uma vez, se escora na autoridade bartolista: “*Locator sin dubio tenetur in primis rem locatam tradere [D. 19,2,9 pr.] & ibi, Bart. (...) si non tradat, potest*

¹⁴⁸⁹ Sobre os Autores que continuaram os métodos da Escola dos Comentadores, prevalecentes em Itália, Espanha e Portugal, mas também presentes em França (onde o Humanismo jurídico nunca se conseguiu impor inteiramente), vd., por exemplo, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 358 e ss., ERNST HOLTHÖFER, *Literaturtypen des mos italicus in der europäischen Rechtsliteratur der frühen Neuzeit (16. - 18. Jahrhundert)*, in “*Ius Commune*”, 1969, pp. 130 e ss., e PATRICK ARABEYRE, *Culture Juridique et Littérature Européennes Chez les Derniers Bartolistes Français (Première Moitié du XVIe Siècle)*, in “*Clio@Themis* número 2” (disponível in <http://www.cliothemis.com/Culture-juridique-et-litterature>).

¹⁴⁹⁰ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 69-70.

¹⁴⁹¹ *Tractatus Varii*, Apud Haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1562, *Titul. de Remissione Mercedis Conductorum*, nº 108, pp. 712 e 735.

¹⁴⁹² *Consiliorum Sive Responsorum, Tomus Primus*, Sumptibus Jacobi Godofredi Seyler, Francofurti ad Moenum, 1676, *Consilium XXVII*, nº 54, p. 146.

¹⁴⁹³ *Tractatus Locati et Conducti*, Apud Joannem Gymnicum, Coloniae Agrippinae, 1584, *Pars II, De Eo quod interest*, p. 175: “*Si prohibeatur a domino, datur actio ad interesse lucri deperditi (...) De facto vero tertij impediens, locator tenetur ad interesse, si potuit tollere impedimentum [D.19,2,33]*”. O locador poderia, em alternativa, “*offerat rem aequae idoneam (...) [D.19,2,9 pr.]*” (nº 4, p. 176).

¹⁴⁹⁴ *Practica Practicarum et Compendium Curiarum Civilis et Criminalis*, Apud Andrae Wecheli Haeredes, Claud. Marnium & Ioan. Aubrium, Francofurti, 1599, Lib. I, Cap. III, nºs 11-12, pp. 107-108. Sublinhe-se, pois, que o locatário só poderia impedir o despejo, ao abrigo do *ius retentionis*, enquanto não lhe fosse paga a indemnização.

¹⁴⁹⁵ *Consiliorum Sive Responsorum, Liber Primus*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1605, *Consilium LXXXII*, nº 3, p. 356.

conductor adversus eum agere ex conducto; ut habetur in eadem l. quae quidem action est personalis)¹⁴⁹⁶ e MARCO ANTONIO SAVELLI (*“Quid autem si conductor fuerit impeditus uti re conducta, & nollit a contracto recedere (...) agit ad totale interesse*”)¹⁴⁹⁷; do espanhol ANTONIO PÉREZ (*“Ex conducto datur actio conductori, qua petit liberum rei usum, ad tempus conventum, qui nisi praestetur, agit ad interesse contra locatorem, cujus facto impeditur*”)¹⁴⁹⁸; e dos portugueses JORGE DE CABEDO (*“quando stat per locatorem, vel per eum, quem locatore potest prohibere, ne faciat, quód conductor non possit frui re conducta, quod dominus tenetur conductori ad interesse, quanti eius intersuit, & non solum ad interesse damni, sed etiam lucri ...*”)¹⁴⁹⁹, MANUEL MENDES DE CASTRO (*“Quod si conductor re locata frui non potuit facto locatoris, ut quia ea locator non praestit, quae ex conditioni contractus ad usum praestare tenebatur, tunc non solum ad remissionem mercedis, sed a totale interesse locator tenebitur*”)¹⁵⁰⁰, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (*“Si vero fiat per voluntatem locatoris, quòminus conductor utatur re conducta, tunc locatur tenetur interesse conductori ...*”)¹⁵⁰¹, DIOGO DE BRITO (*“... in contractu locationis, licet re evicta teneatur locator de evictione, & ad interesse*”)¹⁵⁰², MIGUEL DE REINOSO (*“conductor impedito uti re locata per factum locatoris, vel ob illius culpam, hic enim ad omne interest agere potest*”)¹⁵⁰³, AGOSTINHO BARBOSA (*“Qui etiam si conductor impediatur frui re conducta, facto & culpa locatoris? (...) agereque posse conductorem contra locatorem, ut sibi resarciat omnem utilitatem & interesse*”)¹⁵⁰⁴ e

¹⁴⁹⁶ *Tractatus de Locatione et Conductione*, Ex Typographia Balleoniana, Venetiis, 1721, Cap. XXVIII, nºs 1-2, p. 160.

¹⁴⁹⁷ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, Ex Typografia Balleoniana, Venetiis, 1748, § *Conductor*, nº 2, p. 365.

¹⁴⁹⁸ *Commentarius in Quinque et Viginti Digestorum Libros*, Apud Danielelem Elzevirium, Amstelodami, 1669, ad 19,2, p. 320.

¹⁴⁹⁹ *Practicarum Observationum Sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Pars Secunda*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1620, *Decisio LXXX*, nº 9, p. 132.

¹⁵⁰⁰ *Prima, et Secunda Pars Practica Lusitana, Advocatis, Iudicibus, Utroque Foro Quotidie Versantibus, Admodum Utilis et Necessaria*, Ex Officina Typographi Regij Antonij Alvarez, Ulyssipone, 1641, *Pars I*, Lib. 4, Cap. 8, nº 27, fl. 156. É citado, designadamente, BARTOLO, mas também Autores cronologicamente muito mais próximos, como EGIDIO BOSSI e MYNSINGER VON FRUNDECK.

¹⁵⁰¹ *Liber Utilissimus Iudicibus, et Advocatis*, Excudebat Antonius Alvarez, Ulyssipone, 1610, *Verbo Locatio et Conducto*, nº 23, fl. 221 (citando o *caput scholae* dos Comentadores).

¹⁵⁰² *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, ex officina Petri Craesbeeck, Ulyssipone, 1629, *Secunda Pars*, § 1, nº 3, fl. 75.

¹⁵⁰³ *Observationes Practicae, in Quibus Multa Quae per Controvertiam in Forensibus Iudiciis Adducuntur*, Josephus Ferreyra Typographus Conimbricensis, 1675, *Observatio LVII*, nº 8, p. 395.

¹⁵⁰⁴ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, Sumptibus Anisson, & Posuel, Lugduni, 1720, ad C. 4,65, nº 17, p. 298.

MANUEL ÁLVARES PEGAS (“*teneri locatori ad omne damnum, & interesse conductori, etiam sine culpa, quia cum res locata evicta sit*”)¹⁵⁰⁵.

No espaço jurídico francês, ANTOINE D’ESPEISSES, nascido ainda durante a actividade da Escola Culta, permaneceu fiel a essa orientação, atribuindo ao locatário o direito de não pagar a renda pelo período em que o gozo lhe foi negado, ao que acresceria a indemnização por danos: “*Si cette non jouissance provient par sa faute, le locataire non seulement est déchargé du loyer, pour le temps de la non jouissance, mais encore il peut demander ses dommages et interests au locateur*”¹⁵⁰⁶. Posição semelhante continuaria a ser endossada, na centúria de XVIII, por JEAN-JOSEPH JULIEN: “*Le propriétaire doit procurer au locataire la jouissance de la chose (...) si par le fait du propriétaire le locataire n’en jouit pas, le propriétaire est tenu de ses dommages et intérêts*”¹⁵⁰⁷.

Em Castela, ANTONIO GÓMEZ alvitrou, porém, que, tal como a *communis opinio* estabelecera para a *traditio* da coisa vendida, a obrigação de entrega da *res* poderia ser coactivamente executada enquanto o *locator* tivesse a faculdade de proceder à *traditio*: “*talis dominus si habet facultatem rei tradendae, tenetur praecise ad factum traditionis, sicut reperimus in contractu emptionis & venditionis*”¹⁵⁰⁸. Trata-se de uma posição assente num raciocínio analógico que, como veremos, frutificaria entre os juristas do *uso moderno*¹⁵⁰⁹. Entre nós ela foi expressamente seguida por MANUEL THEMUDO DA FONSECA: “*Quia virtus contractus locationis est, ut dominus, qui locavit, teneatur ad traditionem rei Gom. var. tom. 2. cap. 3. num. 1. & 3.*”¹⁵¹⁰.

1.2.2.2 – A tutela possessória do locatário

¹⁵⁰⁵ *Resolutiones Forenses Practicabiles, Pars Prima*, Ex Typographia Michaelis Deslandes, Ulyssipone, 1682, Cap. III, nº 270, p. 122.

¹⁵⁰⁶ *Les Oeuvres de Antoine D’Espeisses*, Tome 1, Chez Les Frères Huguetan, Lyon, 1685, Partie I, Titre II, Section III, 4, p. 53.

¹⁵⁰⁷ *Éléments de Jurisprudence Selon les Loix Romaines et celles du Royaume*, Chez Antoine David, Aix, 1785, p. 311 (Livre III, Titre III, VIII).

¹⁵⁰⁸ *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomi Tres*, Ad Cadentis Salamdrae Insigne, Venetiis, 1572, Tomus II, Cap. III, fl. 189 verso, nº 1.

¹⁵⁰⁹ Cf., *infra*, II.1.2.5.1.

¹⁵¹⁰ *Decisiones Senatus Archiepiscopalis Metropolis Ulyssiponensis Regni Portugalliae, Tomus Secundus*, Ex Typographia Joannis Galram, Sumptibus Antonii Leite Pereira, Ulyssipone, 1688, *Decisio* CCIII, nº 9, p. 224.

Para os sequazes dos Comentadores, e sem surpresas, o locatário não era considerado possuidor¹⁵¹¹. Vejam-se mais pormenorizadamente, porém, os testemunhos de vários Autores dos países latinos.

Em Itália, FRANCESCO MANTICA (“*conductor autem nec naturaliter, nec civiliter possidet*”)¹⁵¹², MENOCHIO (“... *colonus conductor & similes (...) nullo modo possidere...*”)¹⁵¹³; CAROCCI (“*nullo modo possidere dicuntur*”)¹⁵¹⁴; PACIONI (“*conductor nullam possessionem habet*”)¹⁵¹⁵, LUDOVICO POSTIO (“*Conductor Inquilinus, & colonus non possideant sibi, sed locatori, & Domini...*”)¹⁵¹⁶ ou SAVELLI (“*Conductor quamvis in re conducta habeat solam detentionem...*”)¹⁵¹⁷.

Em França, CHARLES DUMOULIN (“*locatione temporali (...) non facit aliquem possessorem*”)¹⁵¹⁸.

Em Espanha, GÓMEZ (“*colonus vero vel inquilinus nullum ius habet ia ea [res], sed tantum habet personam domini obligatam, & illa actio vel obligatio personalis passiva non sequitur fundi possessorem*”)¹⁵¹⁹ e PÉREZ (“*conductor non suo sed nomine domini possidet*”)¹⁵²⁰.

Em Portugal, FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E CASTRO (“... *colonus quia non possidet (...) colonum, & similes, alieno nomine possidentes*”)¹⁵²¹, ÁLVARO VALASCO (“*merus et simplex conductor non possidet*”)¹⁵²², DIOGO DE BRITO (“*colonus absolute nullam habere possessionem*”)¹⁵²³, ANTÓNIO CARDOSO DO

¹⁵¹¹ Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 70.

¹⁵¹² *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus, in Libros XXVII Dispartitae, Tomus Secundus*, Sumptibus Leonardo Chouët, Genevae, 1681, Lib. XII, Tit. II, nº 5, p. 384.

¹⁵¹³ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria, cit., De Recuperanda possessione, Primum Recuperandae possessionis remedium ex interdicto Praetoris. Unde vi*, nº 62, p. 199.

¹⁵¹⁴ *Tractatus*, cit., Pars II, *Unde Vi*, nº 1, p. 173.

¹⁵¹⁵ *Tractatus*, cit., Cap. XXVIII, nº 16, p. 160.

¹⁵¹⁶ *Tractatus Mandati de Manutendo, Sive Summariissimi Possessorii Interim*, Sumptibus Cramer & Perachon, Lugduni, 1717, *Observatio* LII, nº 13, p. 164.

¹⁵¹⁷ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 17, p. 367.

¹⁵¹⁸ *Commentarius in Codicem Sacratissimi Imperatoris Iustiniani*, in “*Operum*”, Tomus Quartus, Apud Viduam Mathurini du Puis, Parisiis, 1658, ad C.4,66, col. 274 C.

¹⁵¹⁹ *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II*, cit., Cap. III, nº 9, fl. 192.

¹⁵²⁰ *Commentarius in Quinque et Viginti Digestorum Libros*, cit., ad D.19,2, p. 315.

¹⁵²¹ *De Universo Iure Emphyteutico Syntagma Tripartitum*, Venundatur in D. Zachariae Palthenii, Librarii Francofurtensis Officina, 1612, Lib. I, *Quaestio* XV, nº 41, p. 123.

¹⁵²² *Tractatus Iuris Emphyteutici*, Typis Haeredum Ioannis Bringeri, Fracofurti ad Moenum, 1618, *Quaestio* XX, nº 10, p. 331.

¹⁵²³ *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars, Rubrica de locato, & conducto*, nº 8, fl. 34 verso.

AMARAL (“*Possessio nobis acquiritur per colonum, inquilinum*”)¹⁵²⁴, MIGUEL DE REINOSO (“*Coloni, & inquilini (...) & similes alieno nomine rem corporaliter tenent (...) nullam possessionem habent nomine proprio*”)¹⁵²⁵, AGOSTINHO BARBOSA (“*colonus a possessionem per dominum*”)¹⁵²⁶, BELCHIOR FEBO (“... *colonus autem non possidet (...) colonus possidet nomine domini...*”)¹⁵²⁷, MANUEL THEMUDO DA FONSECA (“...*colonus, seu conductor, aut inquilinus non possidet...*”)¹⁵²⁸, BENTO PEREIRA (“*Colonus nullam habet possessionem, sed solum nudam detentationem*”)¹⁵²⁹; “*Colonus non possidet suo, sed nomine domini*”¹⁵³⁰), DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM¹⁵³¹ ou AMARO LUÍS DE LIMA (“...*colonus, & inquilinus non possident...*”)¹⁵³².

Este também era o entendimento da Casa da Suplicação – segundo a recolha de ANTÓNIO DA GAMA, a “posse” do locatário mais não lhe conferiria do que uma acção pessoal contra o locador (“*conductor habens possessionem non quidquam amplius per traditionem habet, quam actionem personalem*”)¹⁵³³, não sendo aplicável OM 4,28 (correspondente a OA 4,42 e OF 4,7), à luz do qual “*Se alguma pessoa que for senhor de alguma cousa a vender duas vezes a desvairadas pessoas, aquelle que primeiramente ouver posse della, será della feito verdadeiro senhor (...) a posse da cousa, e a pagua do preço, o fazem seer senhor da dita cousa*”¹⁵³⁴.

¹⁵²⁴ *Liber Utilissimus*, cit., *Verbo Possessio*, nº 6, fl. 274 verso.

¹⁵²⁵ *Observationes*, cit., *Observatio XVIII*, nº 1, p. 112.

¹⁵²⁶ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,15, nº 4, p. 303.

¹⁵²⁷ *Decisionum Senatus Regniae Lusitaniae, Tomus Secundus*, Apud Petrum Craesbeeck Typographum Regium, Olyssippone, 1625, *Decisio CXVIII*, nºs 16 e 17, p. 130.

¹⁵²⁸ *Decisiones Senatus Archiepiscopalis Metropolis Ulyssiponensis Regni Portugalliae, Tomus Secundus, Decisio CXLIII*, nº 3, p. 111.

¹⁵²⁹ *Promptuarium Juridicum*, Ex Typographia Dominici Carneiro, Ulyssippone, 1664, nº 256, p. 68. A obra consiste numa recolha sistemática de fragmentos de trabalhos de outros reinícolas mas, ao que nos parece, a consistência e a coerência das proposições apresentadas merecem um destaque autónomo.

¹⁵³⁰ *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 1096, p. 234.

¹⁵³¹ *Decisiones Seu Quaestiones Forenses ad Amplissimo, Integerrimoque Portuensi Senatu Decisae*, editio tertia, Ex Officina Bernardi Antonii de Oliveira, Ulyssipone, 1759, *Quaestio LXXIII*, nº 8, p. 411: “*Licet colonus possessionem rei conductae non habeat, quia nomine domini possidere dicitur, ut interdicto unde vi possit uti, ut veri possessores; attamen habet detentationem; stat enim in actuali tenuta ...*” (o arrendatário não tinha a qualidade de possuidor, mas de mero detentor; era o proprietário em nome de quem ele possuía que podia exercer o interdicto *unde vi*).

¹⁵³² *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae in quibus dilucidè singulae leges explanantur, secundum juris, ac praxis in utroque foro laico, & ecclesiastico theoricam, continuando, scilicet ex lib. 4. tit. 36 ad perficiendum opus Commentariorum ab Emmanuele Gonçalves da Silva editorum usque ad tit. 79. lib. 4*, editio prima, Typis Patriarchalibus Francisci Ludovici Ameno, Olisipone, 1761, ad OF 4,45 pr., nº 9, p. 128.

¹⁵³³ ANTÓNIO DA GAMA, *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae Centuriae IV*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1622, *Decisio CXXX*, p. 143.

¹⁵³⁴ Cf. *Ordenaçãoes do Senhor Rey D. Manuel, Livro III*, Na Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1797 (*Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte I, da Legislação Antiga*).

Estava vedado ao arrendatário, subseqüentemente, o recurso aos *interdicta* possessórios¹⁵³⁵, o que se lê, por exemplo, em MENOCHIO (“*Et colono non concedi hoc interdictum probat (...) [D.43,16,1,9] ...*”)¹⁵³⁶, CAROCCI (“*ex remedio de interdicto, unde vi (...) nec colono, nec conductori conceditur*”¹⁵³⁷; “*contra tertium spoliatorem, contra quem nec colono, nec conductori competit hoc remedium, sed tantum rei domino*”¹⁵³⁸), PACIONI (“*Verum magna est quaestio, an conductori expulso competat interdictum unde vi (...) opinio negativa procedit in locatione ordinaria ad breve tempus...*”)¹⁵³⁹, ANTONIO PÉREZ (“*Colonum autem hoc interdictum non accomodatur, si de conducto praedio dejectus fuerit, cum non sibi, sed alii possideat*”)¹⁵⁴⁰ ou GIOVANNI NEVIZZANO (“*...qui nudam habet detentationem (...) quam vis non habeat interdictum unde vi, vel uti possidetis*”)¹⁵⁴¹.

Entre os reinícolas destacamos VALASCO (“*remedium retinendae uti possidetis (...) & in remedio recuperandae unde vi, quod etiam non datur, nisi possessoribus, & non detentatoribus*”¹⁵⁴²; “*Et videtur non competere illi interdictum recuperandae: quia colono non competit (...) & colono impedito frui re locata, datur actio ad interesse, quod esset percepturus ex locatione; non autem interdicto*”¹⁵⁴³), DIOGO DE BRITO (“*... conductor, seu colonu (...) non competat interdictum unde vi, ex eo constat, quia illud solum competit illis, qui sunt in possessioni civilis, vel saltem naturali...*”)¹⁵⁴⁴, MIGUEL DE REINOSO (“*Interdictum unde vi non competit colono, & inquilino*”)¹⁵⁴⁵, AGOSTINHO BARBOSA (“*Interdictum, unde vi, an detur colono contra dominum? (...) remedia possessoria puris detentatoribus non datur...*”)¹⁵⁴⁶, MANUEL MENDES

¹⁵³⁵ Vd. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹⁵³⁶ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Primum Recuperandae possessionis remedium ex interdicto Praetoris. Unde vi*, nº 62, p. 199.

¹⁵³⁷ *Tractatus*, cit., *Pars II, Unde Vi*, nº 1, p. 173.

¹⁵³⁸ *Tractatus*, cit., *Pars II, Unde Vi*, nº 3, p. 173.

¹⁵³⁹ *Tractatus*, cit., Cap. XXVIII, nºs 14 e 16, p. 160.

¹⁵⁴⁰ *Praelectiones in Codicem Justinianum*, Sumptibus Ant. Jacobi, Ioh. Fred. Stammii & Gisberti Sigberti, Amestelodami, 1645, ad C. 8,4, nº 5, p. 185.

¹⁵⁴¹ *Consilia Sive Responsa*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1573, *Consilium LXXX*, nº 3, p. 276.

¹⁵⁴² *Decisionum Consultationum ac Rerum Iudicatarum in Regno Lusitaniae*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1621, *Tomus I, Consultatio LXXIX*, nº 10, p. 139.

¹⁵⁴³ VALASCO, *Decisionum*, I, cit., *Consultatio LXXVIII*, nº 1, p. 137.

¹⁵⁴⁴ *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 17, fl. 37 verso.

¹⁵⁴⁵ *Observationes*, cit., *Observatio XVIII*, nº 2, p. 112.

¹⁵⁴⁶ *Repertorium Juris Civilis et Canonici*, Apud Boudet, De Claustre, De Ville & De La Roche, Lugduni, 1722, *Verbo Interdictum*, pp. 114-115.

DE CASTRO (“*colono a tertio spoliato hoc interdictum [unde vi] non competit*”)¹⁵⁴⁷, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (“*si Dominus impediatur colonum, quominus frutuatur re locata, datur colono actio ad interesse, & non interdictum unde vi (...) quia colono non competit interdictum unde vi, eo quod nullo modo possidet*”)¹⁵⁴⁸, BENTO GIL (“... *colono aut inquilino per vim dejecto non competit interdictum unde vi, quod possessori datur*”¹⁵⁴⁹; “... *non competit ei interdictum, quod detentatori expulso non datur*”¹⁵⁵⁰), BENTO PEREIRA (“*Coloni spoliati non habent interdictum unde vi...*”)¹⁵⁵¹, MANUEL GONÇALVES DA SILVA (“*Unde si colonus, vel inquilinus, aut Procurator a possessione rei immobilis Domini sui vi dejectus est; tunc interdictum Unde vi non illis, sed Domino principal competit*”)¹⁵⁵², DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM¹⁵⁵³ e AMARO LUÍS DE LIMA (“...*colonus, & inquilinus non possident (...) & illis non competit interdictum unde vi; illud enim solum competit illis, qui sunt in possessioni civili, vel naturali...*”)¹⁵⁵⁴.

Em sentido diverso, FRANCESCO NEGRI CIRIACO propugnava a defesa interdital a favor do *conductor*. As razões justificativas da restituição “*non solum procedunt in vero possessore, vel quasi [possessore], sed etiam in detentatore*”¹⁵⁵⁵, o que tinha como consequência a atribuição do *interdictum unde vi*: “*Et consequenter, colonus, & conductor, quamvis non possideat, ex quo tamen detinet (...) Respectu dictae detentionis habet interdictum unde vi (...) [D.43,16,12-18 pr.]...*”¹⁵⁵⁶.

Em abono, além de invocar aqueles textos do Digesto (que se referiam a situações de inversão do título da posse e, portanto, nunca poderiam fundamentar a concessão dos interditos a um detentor), CIRIACO citava Autores, como CAROCCI ou LUDOVICO GOZADINO, que manifestamente não tinham essa opinião. Na verdade, GOZADINO afirmava que “*imo conductori indebite spoliato competit etiam illud*

¹⁵⁴⁷ *Prima, et Secunda Pars Practica Lusitana*, cit., Pars II, Lib. 4, Cap. 10, nº 8, fl. 135 verso.

¹⁵⁴⁸ *Liber Utilissimus*, cit., Verbo *Interdictum*, nº 27, fl. 184 verso.

¹⁵⁴⁹ BENTO GIL, *Secunda Pars Commentariorum Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur.*, Ex officina Petri Craesbeeck, Typographi Regii, Ulyssipone, 1621, Cap. II, nº 38, p. 50.

¹⁵⁵⁰ BENTO GIL, *Secunda Pars Commentariorum Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur.*, cit., Cap. XIII, *Clausula Undecima*, nº 3, p. 436.

¹⁵⁵¹ *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 257, p. 68.

¹⁵⁵² *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, Tomus Secundus*, Ex Typographia Antonii Pedrozo Galram, Ulyssipone Occidentale, 1732, ad OF 3,48, nº 24, p. 6.

¹⁵⁵³ *Decisiones*, cit., *Quaestio LXXIII*, nº 8, p. 411: “... *praedictum remedium [interdictum unde vi] conductori negant...*”.

¹⁵⁵⁴ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45 pr., nº 9, p. 128.

¹⁵⁵⁵ *Controversiarium Forensium, Liber Secundus*, Apud Germanum Nanty, & Claudium Langlois, Ludguni, 1672, *Controversia CCCLXXXIX*, nº 35, p. 636.

¹⁵⁵⁶ *Controversiarium Forensium, Liber Secundus*, cit., *Controversia CCCLXXXIX*, nºs 38 e 39, p. 636.

*remedium*¹⁵⁵⁷ e, acto contínuo, invocava como arrimo o *consilium* 47 do terceiro volume dos *Consiliorum Socini Senensis*: “*ut per Soci. consil. xvii. col. fin. volu. tertio*”. Ora, como tivemos oportunidade de verificar, BARTOLOMEU SOCINO reconhecia como *remedia* o *officium iudicis* e o *remedium canonis reintegranda*, mas não os *interdicta*¹⁵⁵⁸.

A linha argumentativa de CIRIACO não granjeou apoios significativos¹⁵⁵⁹, mas revela um objectivismo *in radice*, tendo semelhanças muito significativas com teorias que vingariam mais tarde, *maxime* através do ALR e (no seguimento das propostas surgidas no século XIX) do BGB.

Negava-se aos detentores, igualmente, a tutela de C.8,4,7, como expunham, v.g.¹⁵⁶⁰, MENOCHIO (referindo-se ao comodatário e ao depositário, que apenas podiam exigir uma indemnização por não cumprimento: “...*agere ad interesse, nec nullo conceditur actio ex constitutione nostra...*”)¹⁵⁶¹, AGOSTINHO BARBOSA (“*si colonus expellatur propria auctoritate a locatore, non habet contra eum actionem ad poenas [C. 8,4,7]*” (...)*sed ab extraneo expellatur, tunc ille extraneus expulsor incurrit poenas [C. 8,4,7], aplicandas locatori, non autem colono*”)¹⁵⁶² ou PÉREZ (“... *hujus constitutionis actio, ei soli detur qui possessione dejectus est (...)* *inquilino vel colono a locatore dejectis non competit, quia illi non tam possident, quam detinent*”)¹⁵⁶³.

O valor desta *constitutio* começava, aliás, a ser posto em causa¹⁵⁶⁴. DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA considerava-a caída em desuso no mundo cristão, dado o seu excessivo rigor (“*Observandum tamen est, harum legum & similium rigore nempe [C. 8,4,7]. Cui conveniunt (...)* *communi totius Christiani orbis usu & praxi antiquatum esse*”)¹⁵⁶⁵, sendo seguido por PÉREZ, que afirmava já ter cessado a aplicação da pena cominada (“*Quinimo hodie generaliter cessare videtur actio ex [C. 8,4,7] ad poenam ibi praescriptam*”)¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁵⁷ *Consilia*, Apud Haeredes Iacobi Giuntae, Lugduni, 1549, *Consilium* XCIX, n° 4, fl. 140 verso.

¹⁵⁵⁸ *Tertia Pars Consiliorum Socini Senensis*, cit., *Consilium* XVII, n° 15, fl. 16.

¹⁵⁵⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹⁵⁶⁰ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹⁵⁶¹ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Nonum Recuperandae possessionis remedium ex [C.8,4,7]*, n° 186, p. 259.

¹⁵⁶² *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,15, n°s 5 e 7, p. 303.

¹⁵⁶³ *Praelectiones*, cit., ad C. 8,4, n° 31, pp. 188-189.

¹⁵⁶⁴ COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 284.

¹⁵⁶⁵ *Variarum ex Iure Pontificio, Regio, & Caesareo Resolutionum* (in *Operum Tomus Secundus*, Sumpt. Gabrielis de Tournes & Filiorum, Coloniae Allobrogum, 1723), Lib. III, Cap. XVI, n° 7, p. 363.

¹⁵⁶⁶ *Praelectiones*, cit., ad C.8,4, n° 31, p. 189.

Também sem inovações de maior face ao entendimento que já se tinha formado entre os Comentadores, o locatário ilicitamente perturbado ou expulso poderia implorar o *officium iudicis* para defender ou voltar a obter o gozo da *res*¹⁵⁶⁷, o que incluía a outorga de protecção *pedente lite*¹⁵⁶⁸. Podemos citar, entre outros, MENOCHIO (que colocava a tónica na equidade da concessão do *remedium*: “... *colonus, conductor, inquilinus, & similes, a domino spoliatur, adversus quos interdictum, Unde vi, non conceditur, sed aequitate certis casibus tantum iudicis officio succurritur...*”¹⁵⁶⁹; “*Confirmatur a fortiori, quod si huic detentori conceditur iudicis officium, quo ei restituatur ablata possessio lite pendente (...) quanto fortius concedi debet officium hoc iudicis pro conservatione possessionis, cui is lite pendente insistit*”¹⁵⁷⁰), CAROCCI (“*Conductor turbatur, vel deijcitur, ut semper recurrat ad iudicis officium*”)¹⁵⁷¹, PACIONI (“... *quàm officium Iudicis imploratum per clausulam omni meliori modo positam in fine petitionis factae a conductore sic dejecto se restitui*”)¹⁵⁷², NEVIZZANO (“...*sed qui nudam habet detentationem, habet officium iudicis, ut sibi restituatur detentatio ablata*”)¹⁵⁷³, LORENZO SILVANO (“*merus detentor habet officio iudicis ad suam detentionem recuperandam, et multo magis conservandam*”)¹⁵⁷⁴, POSTIO (“*Daretur tamen mandatum de manutenendo*”¹⁵⁷⁵ *Colono, Conductori vel Inquilino in*

¹⁵⁶⁷ Vide BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 271, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 71.

¹⁵⁶⁸ A tutela *pedente lite* fundada no *officium iudicis*, já desenvolvida pela doutrina medieval, surgia plenamente consolidada no século XVI e abrangia a mera detenção, como se comprovará no texto: BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 269 e ss.; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 309 e ss. e 318 e ss.. Como afirma BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 271, é evidente que teria de ser concedida a tutela provisória aos detentores, já que o próprio *remedium recuperandae possessionis* lhes era outorgado *ex officio iudicis* (“*Nur insofern ging man allerdings weiter, daß man den bloßen Detentoren, da man ihnen ein rem. recuper. possess. ex officio iudicis zugestand, auch diesen Anspruch an das officium iudicis nicht glaubte verweigern zu können*”).

¹⁵⁶⁹ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Primum Recuperandae possessionis remedium ex interdicto Praetoris. Unde vi*, nº 64, p. 199. MENOCHIO reforçava a ideia, recorrendo a um argumento de paridade de razão com outras situações protegidas, como a do usufrutuário: ob. cit., *De Recuperanda possessione, Decimumseptimum & ultimum Recuperandae possessionis remedium, ex Iudicis officio*, nº 21, p. 340 (“...*hoc iudicis officium concedatur colono, inquilino, commodatario & similibus, qui non possidere, sed detinere dicuntur? (...) vel cum civilem possessionem est assecutus, ut in fructuario, & similibus. recedere tamen a receptissima aliorum sententia durum nimis iudico*”). Cf. MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 319. Eram ressalvadas, contudo, as situações em que o arrendário não pagasse a renda, das quais estava excluída a tutela (nº 22, p. cit.: “*Declaratur non procedere ex iusta causa, ut in colono qui non solvit pensionem*”).

¹⁵⁷⁰ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Retinenda Possessione, Ultimum Retinendae possessionis remedium, ex Iudicis officio*, nº 18, p. 183.

¹⁵⁷¹ *Tractatus*, cit., *Pars II, Officio Iudicis*, nº 5, p. 175.

¹⁵⁷² *Tractatus*, cit., *Cap. XXVIII*, nºs 15 e 16, p. 160.

¹⁵⁷³ *Consilia Sive Responsa*, cit., *Consilium LXXX*, nº 3, p. 276.

¹⁵⁷⁴ *Consilia*, Apud Theobaldum Paganum, Lugduni, 1551, *Consilium XXVII*, nº 3, p. 215.

¹⁵⁷⁵ Designação do *summariissimum* usada em Itália (COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 287).

sua detentatione, & ad statum, tam contra tertium, quam contra dominum & Locatorem, illiusque haeredes, licet nullo modo per se possideant, sed tantummodo detineant Colonia, & Conductionem durante, quia tunc habent iustam causam detinenti (...) ubi quod colonus; dum turbatur implorat officium Iudicis)¹⁵⁷⁶, CIRIACO (“*si non per interdictum unde vi, id obtinere posset, saltem officio iudicis*”)¹⁵⁷⁷, SIGISMONDO SCACCIA (“*...ut conductoribus, & inquilinis concedatur etiam mandatum de manutentione in detentione, implorato iudicis officio*”)¹⁵⁷⁸ SAVELLI (“*Conductor (...) potest impetrare Iudicis officium, & est manutenendus in sua possessione, vel detentatione*”)¹⁵⁷⁹ e, dos reinícolas, VALASCO (“*remedium officii iudicis praestando nudis detentatoribus, ex justa causa, si inquitentur, aut deturbentur ab eo statu*”)¹⁵⁸⁰; “*simplici detentori (quales sunt, colonus, inquilinus, et alii) conceditur etiam officium iudicis, seu actio in factum pro tuenda sua detentatione*”)¹⁵⁸¹), DIOGO DE BRITO (“*Conceditur ergo ipsimet colono, seu inquilino iudicis officium pro recuperanda amissa illa nuda detentationem, cui in sistebat durante locationis tempore, quod sibi, (cum dificeret civilis actio) fuit summa aequitate concessu...*”: “*Por isso é concedido ao próprio arrendatário o ofício do juiz para recuperar a detenção por ele perdida, na qual se mantinha durante o período da locação. O ofício do juiz foi concedido principalmente por razões de equidade, dada a falta de uma acção civil*”)¹⁵⁸², MIGUEL DE REINOSO (“*Neque obstat colono dejecto succurri per officio iudicis ut sine remedio non maneat*”)¹⁵⁸³, AGOSTINHO BARBOSA (“*...remedia possessoria puris detentatoribus non datur, sed officium iudicis ex aequitate...*”)¹⁵⁸⁴, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (“*postest tamen implorare officium iudicis, quando ille colonus hypothecarius fuerit spoliatus a novo emptore*”)¹⁵⁸⁵, BENTO GIL (“*... simplex*

¹⁵⁷⁶ *Tractatus Mandati de Manutenendo, Sive Summariissimi Possessorii Interim*, cit., *Observatio* LII, nº 17, p. 165.

¹⁵⁷⁷ *Controversiarium Forensium, Liber Secundus*, cit., *Controversia* CCCLXXXIX, nº 40, p. 636.

¹⁵⁷⁸ *Tractatus de Appellationibus in Duas Partes Divisus*, Sumptibus Willhelmi Metternich, Coloniae, 1717, *Quaestio* XVII, *Limitatio* VI, *Memb.* VI, nº 52, p. 327.

¹⁵⁷⁹ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 17, p. 367.

¹⁵⁸⁰ *Decisionum*, cit., *Tomus I, Consultatio* LXXIX, nº 10, p. 139.

¹⁵⁸¹ *Tractatus Iuris Emphyteutici*, cit., *Quaestio* XVIII, nº 2, p. 290.

¹⁵⁸² *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 17, fl. 37 verso. O praxista nacional destacava os pontos fundamentais do recurso a este meio de tutela desenhados desde a Idade Média: como a subtracção da detenção do arrendatário era contrária à equidade, e não havia outro meio de actuação, concedia-se a recuperação da *res* através do *officium iudicis*.

¹⁵⁸³ *Observationes*, cit., *Observatio* XXXVIII, nº 7, p. 250

¹⁵⁸⁴ *Repertorium Iuris Civilis et Canonici*, cit., *Verbo Interdictum*, p. 115.

¹⁵⁸⁵ *Liber Utilissimus*, cit., *Verbo Interdictum*, nº 27, fl. 184 verso.

colonus maneat, aut inquilinus, adeo ut vi ab alio deiectus, recuperandae interdictum illi non competat, sed demum iudicis officium pro detentatione sua, eiusque restitutione, quod colonis competit...)¹⁵⁸⁶, BENTO PEREIRA (“*Coloni spoliati non habent interdictum unde vi, sed tantum officium iudicis, quo utuntur non ad restitutionem possessionis, sed ad statum & tenutam, quam habebant...*”)¹⁵⁸⁷; “*Detentatoribus spoliatis competit remedium officium iudicis*”¹⁵⁸⁸), MANUEL GONÇALVES DA SILVA (“*Tamen verius est, quod colonum solummodo competit officium iudicis non ad restitutionem possessionis, quia eam non habebat, sed ad statum, & tenutam, quam habebat*”)¹⁵⁸⁹, DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM¹⁵⁹⁰ e AMARO LUÍS DE LIMA (“*Conceditur igitur ipsimet colono, vel inquilino iudicis officium pro recuperanda omissa illa nuda detentatione, cui insistebat, durante tempore locationis*”)¹⁵⁹¹.

Foi amplamente discutida a legitimidade activa dos detentores em sede da *condictio ex canone Redintegranda*. Se a resposta negativa foi dada por MENOCHIO (“*[hoc remedium reintegranda] (...) quod non contingit in commodatario, & depositario*”)¹⁵⁹² ou PACIONI (“*Verum magna est quaestio, an conductori expulso competat (...) remedium reintegrandae (...) opinio negativa procedit in locatione ordinaria ad breve tempus...*”)¹⁵⁹³, a maioria dos representantes da literatura jurídica do *Mos Italicus* pronunciou-se favoravelmente¹⁵⁹⁴, ao ponto de SIGISMONDO SCACCIA afirmar a existência de uma opinião comum.

Assim testemunham os trabalhos de ANTONIO GABRIELLI (“*tale remedium competat etiam conductori ejecto (...) dictum remedium detur etiam pro sola*

¹⁵⁸⁶ *Secunda Pars Commentariorum Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur.*, cit., Cap. XII, nº 23, p. 356. No mesmo sentido, Cap. XIII, *Clausula Undecima*, nº 3, p. 436, e Cap. II, nº 38, p. 50, onde se notava que o *officium iudicis* era concedido por razões de equidade (“*...tamen si, suggerente aequitate officium iudicis competit...*”).

¹⁵⁸⁷ *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 257, p. 68: “*os arrendatários esbulhados não têm direito ao interdictum unde vi, apenas ao ofício do juiz, o qual não é exercido para a restituição da posse mas do estado que tivessem...*”.

¹⁵⁸⁸ *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 1090, p. 234.

¹⁵⁸⁹ *Commentaria*, cit., ad OF 3,48, nº 25, p. 6.

¹⁵⁹⁰ *Decisiones*, cit., *Quaestio LXXIII*, nºs 8-9, p. 411: “*... conductori (...) concedunt nanque officium iudicis, vel actionem in factum ad restitutionem consequendam (...) quod utilius esse, quam interdictum (...) Cum ergo actores de sua detentione doceant, illiusque deiectione, restituantur*” (ao ofício do juiz reconhecia-se o mesmo efeito útil do *interdictum unde vi*, a restituição da *res* ao arrendatário).

¹⁵⁹¹ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45 pr., nº 10, p. 128.

¹⁵⁹² *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Decimumquintum Recuperandae possessionis remedium ex c. Reintegranda*. 3. q.1, nº 50, p. 280.

¹⁵⁹³ *Tractatus*, cit., Cap. XXVIII, nºs 14 e 16, p. 160.

¹⁵⁹⁴ RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 378-382; GENIUS, *Der Bestandschutz*, cit., p. 73.

detentione)¹⁵⁹⁵, CESARE CONTARDO (*“licet detentatoribus succuratur remedio remedio c. reintegranda: tamen id sit quia non tantum loquitur de spoliatis, sed etiam de eiectis, quasi quod hoc ultimum verbum adaptetur etiam ad mandatarium depositarium, & pari ratione ad conductorem”*)¹⁵⁹⁶, IPPOLITO RIMALDI (*“commodatario & depositario competit hoc remedium recuperandae (...) Ergo pro recuperanda dicta detentatione debet ei sicut & depositario competere dictum remedium, quòd non esset si necessarium esset allegare dominium, & certè si bene ponderentur verba dicti ca. reintegranda (...) verba praedicta esse generalia, quòd etiam detentationem contineat”*)¹⁵⁹⁷, GIOVANNI BATTISTA PONTANO (*“competat cuilibet simplici detentori ejecto (...) ex mente ipsius canonis detentoris contineri”*)¹⁵⁹⁸, CAROCCI (*“conductori spoliato competit remedium canon. reintegranda (...) per verbum eiectis positum in textu, quod adaptatur ad conductorem”*)¹⁵⁹⁹, SCACCIA (*“...eam, ut licet istis non competit interdictum unde vi ad recuperandam possessionem (...) quod eis competit remedium canonis reintegranda (...) sequor ex communi opinioni”*)¹⁶⁰⁰ e CIRIACO (*“Respectu dictae detentionis (...) potest agere pro spolio”*)¹⁶⁰¹. Verificava-se, como argumento recorrente, a adaptação da letra do cânone às situações de mera detenção.

Apesar de, entre nós, se aceitar no foro secular tal expediente canónico¹⁶⁰², o caminho seguido para conceder ao arrendatário o efeito da tutela possessória não foi esse mas, como se observou, o *officium iudicis*, o que foi confirmado pela praxe forense.

¹⁵⁹⁵ *Communes Conclusiones*, Typis Ioannis Bringeri, Francofurti, 1616, Lib. V. *Conclusio V (Remedium recuperandae possessionis cui, & quando competit)*, n°s 5 e 7, p. 476, a propósito do *“Remedium recuperandae possessionis, quod ponitur in c. reintegranda”*.

¹⁵⁹⁶ *Commentarii in L. Unicam C. si de Momen. Poss. Sue. Appel. Sive in Aegidianam*, Ad Cadentis Salamadrae Insigne, Venetiis, 1574, *Limitatio Vigesima prima*, n° 11, fl. 230.

¹⁵⁹⁷ *Consiliorum Seu Responsorum in Causis Gravissimis Redditorum, Liber VI*, cura, & aere Rulandiorum, Francofurti ad Moenum, 1609, *Consilium DCXLVI*, n°s 21 e 25, p. 177.

¹⁵⁹⁸ *Tractatus Absolutissimus de Spolio*, Sumptib. Viduae Joannis Schlebusch, Coloniae Agrippinae, 1727, Cap. XIII, n° 12, p. 73. De notar que, para o Autor, o detentor apenas tinha legitimidade contra terceiros (*“Non tamen procederent praedicta in depositario & commendatario spoliato ab ejus autore, sed si spolientur a tertio”* – p. 74).

¹⁵⁹⁹ *Tractatus*, cit., Pars II, *Remedio canonis reintegranda*, n° 1, p. 187.

¹⁶⁰⁰ *Tractatus de Appellationibus in Duas Partes Divisus*, cit., *Quaestio XVII, Limitatio VI, Memb. VI*, n° 51, p. 327.

¹⁶⁰¹ *Controversiarium Forensium, Liber Secundus*, cit., *Controversia CCCLXXXIX*, n° 39, p. 636.

¹⁶⁰² Cf., por todos, AGOSTINHO BARBOSA, *Repertorium Juris Civilis et Canonici*, Apud Boudet, De Claustre, De Ville & De La Roche, Lugduni, 1722, *Verbo Remedium*, p. 193, e MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria*, cit., ad OF 3,48, n° 63, p. 11.

Em tal sentido pode citar-se uma decisão da Relação do Porto, de 16 de Junho de 1701¹⁶⁰³:

“Portu 16. Junii anno 1701. Cardozo.

Acordão os do Dezebargo (...) estando o A. de arrendamento na detençaõ da quinta de Sandim, e terras pertencentes a ella, colhendo lhe os fructos como colono, por durar o tempo de seu arrendamento, que lhe foy feito por nove anos, os RR. o privaraõ da sua detençaõ, e quasi posse, metendo-se nella, sem o A. ser judicialmente expellido por sentença, termos em que, conforme a direito, lhe compete o remedio restitutorio para ser conservado na sua detençaõ, em que estava, restituindo a dita quinta, e pertença della, com os fructos da indevida occupaõo ...”.

1.2.2.3 – A extinção do contrato pelo locador

A *interpretatio* das soluções romanas conservou-se na linha traçada durante a Idade Média, limitando-se o despejo antecipado aos casos previstos (mau uso, necessidade de reparações, necessidade do imóvel para uso próprio) ou pressupostos (falta de pagamento da *merces*) por C.4,65,3¹⁶⁰⁴.

Podem conferir-se, desta feita, CAROCCI (*“Quaero principaliter na locator pendente locatione, & conductione possit expellere conductorem? & utique non, nisi in tribus casus principaliter (...) [C.4,65,3]”*¹⁶⁰⁵; *“Adde quartum casu, quando pensio non est soluta in tempore debito...”*¹⁶⁰⁶), PACIONI (*“... clarum est, quod si conductor male in re versatus sit, potest expelli (...) [C.4,65,3]”*¹⁶⁰⁷; *“Conductorem non solventem mercedem posse expelli a locatore, & sic finiri locationem probat text. in [C.4,65,3]”*¹⁶⁰⁸; *“Unus ex modis, quo location ante tempus prefixum in contractu finitur, seu ab ea receditur, et si dominus probaverit eam sibi ad usum proprium necessariam esse, quia permittitur ei conductorem expellere (...) [C.4,65,3]”*¹⁶⁰⁹; *“Dominum volentem reficere aedes locatas posse expellere ex eis conductorem clari juris est [C.4,65,3]”*¹⁶¹⁰) e SAVELLI (*“Conductor ante finitum tempus locationis sibi facta non potest expelli, nisi in quatuor casibus, nempe si non solvat pensionem, si locator postea*

¹⁶⁰³ Apresentada e transcrita por DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE ABOIM, *Decisiones*, cit., *Quaestio* LXXIII, nº 10, p. 412.

¹⁶⁰⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 74.

¹⁶⁰⁵ CAROCCI, *Tractatus*, cit., *Pars II, Recusationibus*, nº 1, p. 194.

¹⁶⁰⁶ CAROCCI, *Tractatus*, cit., *Pars II, Recusationibus*, nº 22, p. 199.

¹⁶⁰⁷ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LIV, nº 1, p. 294.

¹⁶⁰⁸ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LV, nº 1, p. 298.

¹⁶⁰⁹ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LVI, nº 1, p. 302.

¹⁶¹⁰ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LVII, nº 1, p. 305.

indigeat re ad proprios usus, ob refectionem ipsius rei, & ob malum usum)¹⁶¹¹; D'ESPEISSES (*“Le locataire peut être expulsé de la chose louée lors qu’il en use mal (...) en la deteriorant (...) ne cultivant pas bien le fond (...) se comportant mal de sa personne (...) y faisant un bordel, ou y tenant des putains...”*); *“Si le propriétaire veut reparer da maison loüée, & qu’à cause de ces reparations le locataire n’y puisse pas demeurer, il a droit de l’en expulser...”*; *“Le propriétaire qui veut habiter dans la maison loüée, en peut à cette occasion expulser le locataire...”*; *“Le fermier qui ne paye pas son loyer peut être expulsé de son bail...”*)¹⁶¹²; FRANÇOIS DE BOUTARIC (*“Il y a cela de particulier dans le loüage des maisons, que le Propriétaire peut impunement & sans être exposé à aucuns dommages et interêts, rompre le Bail toutes les fois qu’il veut lui-même habiter la maison...”*)¹⁶¹³ e JULIEN (*“... le locataire qui n’a pas payé les loyers peut être expulsé avant la fin de son bail...”*; *“... le locataire de la maison peut être obligé de la vuidier pendant le bail (...) si la maison est nécessaire au propriétaire pour son propre usage...”*; *“Le second cas où le propriétaire peut expulser le locataire suivant la Loi aede, est celui où le propriétaire veut réparer la maison (...) Si au contraire la réparation n’étoit pas nécessaire, le propriétaire est teuu des dommages & intéréts du locataire”*; *“Le troisieme cas où, suivant la Loi Aede, le locataire peut être expulsé, est s’il use mal de la chose, soit en la détériorant ou autrement ...”*)¹⁶¹⁴; ANTONIO GÓMEZ (*“... quaero, an locator possit ex aliqua causa, durante locationem conductorem expellere? & resolutive dico, quod sic ex quatuor causis a iure expressis (...) [C.4.65,3]”*)¹⁶¹⁵ e ANTONIO PÉREZ (*“... expellere ante tempora finita locator conductorem possit, si (...) [C.4,65,3]”*)¹⁶¹⁶.

Dos nossos praxistas salientaremos, no mesmo sentido, DIOGO DE BRITO (*“Inde etiam sit inferendo ad nostantam speciem, quod cum contractus locationis non habeat de praesenti suum omnimodum effectum, sed potius in futurum ordinetur, nempe ad usum rei pro tempore convento inter partes, & sic tractu habeat successivum donec finiatur, quo durante tempore teneatur locator ad praestandam patientiam, nihil mirum,*

¹⁶¹¹ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus, cit., § Conductor, nº 1, p. 364.*

¹⁶¹² *Ob. cit., Partie I, Titre II, Section V, nºs 7, 8, 10 e 12, pp. 70-71.*

¹⁶¹³ *Les Instituts de Justinien, Conferés Avec le Droit François, Divisés en Quatre Livres, Chez Gaspar Henault et Jean-François Forest, Toulouse, 1738, ad I.3,24(25),6, p. 493.*

¹⁶¹⁴ *Éléments de Jurisprudence, cit., Livre III, Titre III, nºs XXIV, XXV, XXVIII e XXIX, pp. 318-319.*

¹⁶¹⁵ *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II, cit., Cap. III, nº 6, fl. 191.*

¹⁶¹⁶ *Praelectiones in Codicem Justinianum, cit., ad C.4,65, nº 30, p. 226. Veja-se ainda, do mesmo Autor, Commentarius in Quinque et Viginti Digestorum Libros, cit., ad D.19,2, pp. 320-321.*

si ex novis supervenientibus causis, tanquam ex verosimili mente contrahentium declarata per legem obligatio deficiat ex parte locatoris, vel veniat resolvenda, prout habetur in hoc textu, & in [C.4.65.3], censeatur enim praedicta conventioni inesse id, quod verosimile est partes intendisse, sicut ex hoc eodem fonte deducitur iam vera ratio decidendi ad textum in [D.19,2,54,1], ubi potest locator expellere conductorem ob non solutam pensionem...)¹⁶¹⁷, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (“*Locator potest in quatuor casibus expellere inquilinum ante tempus finitum conductionis...*”)¹⁶¹⁸, AGOSTINHO BARBOSA (“*Pensiones domus soluta, conductor invitus expelli non potest durante locatione, nisi propter necessitatem domini, vel propter refectionem rei, vel culpa inquilini abutentis (...) Hanc eandem conclusionem ex hoc text. desumunt Ordin. Reg. Lusitan. lib. 4 tit. 24*”)¹⁶¹⁹ e AMARO LUÍS DE LIMA¹⁶²⁰. O não cultivo do prédio rústico ou a omissão de cuidados necessários (por exemplo, não vedar ou proteger com valados as vinhas, permitindo-se a destruição das culturas por animais) também eram reconhecidos como fundamentos de despejo, o que foi registado por ANTÓNIO DA GAMA na sua resenha da jurisprudência da Casa da Suplicação: “... *an quia male & non apte coleret fundum, vineas non saepiendo, aut eas vallis non defendendo, ne ab animalibus illae destruerentur, expelli possit? Et dixi eum colonum expelli posse per [D.19,2,54,1]*”)¹⁶²¹.

Como se observou a propósito do contributo da Escola dos Comentadores, a *locatio* gerava efeitos obrigacionais e o *conductor* não era possuidor. Logo, o senhorio não ficava impedido de proceder ao despejo não motivado, sujeitando-se apenas à eventual responsabilidade contratual *ex conducto*, traduzida no *id quod interest*, conforme expunham FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E CASTRO

¹⁶¹⁷ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Caput propter sterilitatem*, § *Verum*, nº 2, fl. 319: o locador devia prestar o gozo da *res* até ao final do contrato, mas não era motivo de surpresa que certas causas supervenientes permitissem a resolução, a saber: a violação da obrigação assumida pelo *locator* e os motivos previstos em C.4,65,3 e D.19,2,54,1.

¹⁶¹⁸ *Liber Utilissimus Judicibus, et Advocatis*, cit., *Verbo Locatio et Conducto*, nº 20, fl. 220 verso.

¹⁶¹⁹ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,3, nºs 1 e 2, p. 290. De notar o paralelo com as Ordenações.

¹⁶²⁰ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,54,2, nºs 1 (regra geral da não expulsão quando o arrendatário pagasse a renda), 4 (despejo por falta de pagamento da renda), 6 (necessidade superveniente do prédio para uso do locador ou da sua *uxor*), 8 (realização de reparações), 13 e ss. (mau uso do prédio, incluindo a prática da prostituição), pp. 229-230. Saliente-se que este reinícola entendia que a solução presente em C.4,65,3 era não era aplicável ao arrendamento de prédios rústicos (nº 7, p. 229).

¹⁶²¹ *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae Centuriae IV*, cit., *Decisio CCCXXVIII*, nº 2, p. 335.

(“...conductorem, re conducta evicta posse contra locatorem agere ad interesse, non quod evicta sit res quam ipse non possidebat, sed quia uti & frui ad tempus conductionis non licet [C.4,65,15]...”)¹⁶²², ANTONIO PÉREZ (“Si tamen ejectus fuerit ex conducto cum eo agere poterit, poenamque a locatore, quam praestari rupta conventionis fide placuit [C.4,65,15]”)¹⁶²³ e o causídico e académico transalpino ANTONIO MERENDA: “Dicam clarius, ideo dominus expellere potest conductorem praedii rustici, vel urbani, quia non acquirit eius possessionem (...) sed solum acquirit ius personale agendi contra locatorem, ut sibi liceat, re conducta uti, & frui durante tempore locationis”¹⁶²⁴.

Já tivemos oportunidade de verificar, porém, que, em aprofundamento do legado medieval, muitos juristas do *Mos Italicus* reconheceram amplamente a *imploratio* do ofício do juiz e a *actio spoli* como meios à disposição do locatário para obter a restituição da *res* locada de que fosse ilicitamente privado¹⁶²⁵.

1.2.2.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Na senda das Escolas medievais, foi pacificamente aceite a regra geral da inoponibilidade da locação ao sucessor a título singular, não obstante a responsabilidade contratual do locador por um eventual despejo¹⁶²⁶.

Neste sentido, consultem-se os italianos SORDI (“*Et quamvis regulariter emptor & quivis alius singularis successor non teneatur stare colono*”¹⁶²⁷; “... ratio est, quia ex contractu locationis oritur actio personalis locati & conducti: actio autem personalis non transit nec datur contra singularem successorem”¹⁶²⁸), CAROCCI (“*Ponam principaliter aliqua non inutilia ad materiam [C.4,65,9] videlicet, Quod singularis successor non tenetur stare colono*”¹⁶²⁹; “... singularis sucessor potest expellere

¹⁶²² *Tractatus de Emptione, et Venditione*, Ex Officina Nicolai Carvalho, Academiae Typographi, Conimbricae, 1617, Cap. 31, n° 18, p. 688.

¹⁶²³ *Praelectiones in Codicem Justinianum*, cit., ad C.4,65, n° 30, p. 226.

¹⁶²⁴ MERENDA, *Controversiarum Iuris, Volumen Quartum*, Excudebat Io. Andreas Magrius, Ticinum Regium, 1647, Lib. 23, Cap. XXIV, n° 14, p. 423.

¹⁶²⁵ Cf., *supra*, II.1.2.2.2.

¹⁶²⁶ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 79.

¹⁶²⁷ *Decisiones Sacri Mantuani Senatus*, Apud Viduam Antonii de Harsy, Lugduni, 1612, *Decisio* CCLXV, n° 28, p. 502.

¹⁶²⁸ SORDI, *Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius*, Typis Wecheliani, Sumptibus Clementis Schleichil, & Petri de Zetter, Francofurti ad Moenum, 1630, *Consilium* CCCXXXI, n° 18, p. 120: o locatário tinha um mero direito obrigacional e, por isso, apenas poderia actuar perante a contraparte contratual; o sucessor não podia demandar, nem ser demandado.

¹⁶²⁹ CAROCCI, *Tractatus*, cit., *Pars II, Singularem successore*, n° 1, p. 143.

*conductorem propria autoritate*¹⁶³⁰; “... *singularis successor non teneatur stare colono, tamen locator tenetur conductori ad interesse...*”¹⁶³¹), PRÓSPERO FARINÁCIO (“*Regula sit, quod conductor & colonus possunt per successorem singularem expelli, qui non tenetur stari locatione per locatorem factae: licet bene conductor habeat actionem ad interesse contra locatorem...*”)¹⁶³², VINCENZO DE FRANCHIS (“...*singularis sucessor non tenetur stare colono [C.4,65,9]...*”)¹⁶³³, MERENDA (“*Singularem successorem non obligari a locatione, a suo auctore facta, pro regula traditur in [C.4,65,9]*”)¹⁶³⁴, PACIONI (“*Est igitur regula negativa, quod scilicet successores singulares non teneantur stare locationi, uti quod si dominus vendat fundum, non teneatur emptor stare colono, cui venditor locaverat*”¹⁶³⁵; “*Ratio autem hujus regula (...) est quia conductor per simplicem rei conductionem nullum acquirit in ea jus, sed tantum actionem personalem contra dominum locantem, ut re uti, se patiat, & ista actio personalis non potest per eum exerceri adversus singularem successorem...*”¹⁶³⁶) ou SAVELLI (“*In omnibus autem casus, in quibus conductor posset ab emptore expelli, habet actionem ad interesse contra venditoris...*”)¹⁶³⁷.

A solução romana, traduzida no adágio “*vente ou achat passe louage*”, manteve-se incólume no *ancien droit* francês, tal como a apresentava NICOLAS CATHERINOT¹⁶³⁸. Assim decorrerá também dos escritos de Autores como ANDRÉ TIRAQUEAU (“...*singularis successor non teneatur stare colono [C.4,65,9]*”)¹⁶³⁹ e D’ESPEISSES, que surgia, mais uma vez, como um representante da dogmática do direito comum romano-canónico: o sucessor a título singular poderia despejar o arrendatário, pois o arrendamento não lhe era oponível (“*l’achepteur n’est pas obligé d’entretenir le bail, mais il peut faire sortir le fermier (...) ainsi l’achepteur d’une maison louée (...) C’est qui est dit (...) a lieu pareillement en toute autre successeur*

¹⁶³⁰ CAROCCI, *Tractatus*, cit., *Pars II, Singularem successorem*, nº 3, p. 143.

¹⁶³¹ CAROCCI, *Tractatus*, cit., *Pars II, Singularem successorem*, nº 28, p. 146.

¹⁶³² *Repertorium de Contractibus*, Sumpt. Haered. Gabr. Boissat, & Laurentii Anisson, Lugduni, 1642, *Quaestio VIII*, nº 2, p. 23.

¹⁶³³ *Decisionum Sacri Regii Consilii Neapolitani, Pars Secunda*, Ex Typogr. Io. Michaelis Cavalerii, Augustae Taurinorum, 1591, *Decisio CCCII*, nº 1, fl. 84.

¹⁶³⁴ *Controversiarum Iuris, Volumen Tertium*, cit., Lib. 14, Cap. XXXIII, nº 1, p. 118.

¹⁶³⁵ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nº 38, p. 317.

¹⁶³⁶ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nºs 42 e 43, p. 318.

¹⁶³⁷ *Summa Diversorum Tractatuuum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 12, p. 367: ressalta que, para o Autor, e na falta de outra disposição, o comprador podia despejar o arrendatário, a este restando a responsabilização contratual do senhorio.

¹⁶³⁸ Cf. NICOLAS CATHERINOT, *Les Axiomes du Droit Français*, Larose et Forcel Libraires Editeurs, Paris, 1883, p. 27.

¹⁶³⁹ *De Iure Constituti Possessorii Tractatus*, Apud Iacobum Keruer, Parisiis, 1549, *Prima Pars*, pp. 17-18.

particulier”)¹⁶⁴⁰, sem prejuízo da obrigação de indemnização a cargo do locador (“... *le locataire peut demander d’être indemnisé par le locateur...*”)¹⁶⁴¹.

Da doutrina espanhola citamos ANTONIO GÓMEZ (“*Item quaero, na contractus locationis transeat ad emptorem vel particularem successorem rei tam active quam passive? (...) non, unde si dominus qui locavit rem vendidit eam alteri non tenetur stare colono, sed poterit conductorem expellere, licet dominus qui locavit teneatur ad interesse...*”)¹⁶⁴², COVARRUBIAS (“...*successore singular, is etenim conductorem expellere potest [C.4,65,9; D.19,2,25,1]...*”)¹⁶⁴³, FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (“*Quinimo etiam si regulariter emptor non teneatur stare colono [C.4,65,9]*”)¹⁶⁴⁴ ¹⁶⁴⁵, PEDRO DE DUENÑAS (“*Emptor non tenetur stare colono. Quam regula probatur textus in [C.4,65,9]*”)¹⁶⁴⁶; “... *quod licet emptor non teneatur stare colono, tamen locator tenetur conductor ad interesse*”¹⁶⁴⁷) e ANTONIO PÉREZ (“...*emptori fundi necesse non habere stare colono, cui prius fundus locatus est, in [C.4,65,9] (...) colonus, autem nullum jus habet in eo, sed tantum personam domini obligatam ad id, quod sua interest...*”)¹⁶⁴⁸.

Dos reinícolas, referem-se VALASCO (“...*emptor vel alius successor particularis non teneatur stare colono vel inquilino*”)¹⁶⁴⁹, FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E CASTRO (“...*licet emptor non teneatur stare colono*”)¹⁶⁵⁰, ANTÓNIO DA GAMA (“*Ei dixi possuit emptorem conductorem expellere ante tempus conductionis finitum...*”)¹⁶⁵¹, DIOGO DE BRITO (“... *ubi emptor praedii urbani cum possi expellere*

¹⁶⁴⁰ D’ESPEISSES, *ob. cit.*, Partie I, Titre II, Section V, 1, pp. 67-68.

¹⁶⁴¹ D’ESPEISSES, *ob. cit.*, Partie I, Titre II, Section V, 2, p. 69.

¹⁶⁴² *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II, cit.*, Cap. III, nº 9, fl. 192.

¹⁶⁴³ *Variarum ex Iure Pontificio, Regio, & Caesareo Resolutionum, cit.*, Lib. II, Cap. XV, nº 1, p. 228.

¹⁶⁴⁴ *Controversiarum Usu Frequentium, Secunda Pars, Apud Franc. Fabrum Lugdunense, 1599, Libri Sexti, Cap. LVII, nº 13, p. 433.*

¹⁶⁴⁵ Note-se que, dadas as suas especificidades metodológicas, não é fácil inserir os representantes da Segunda Escolástica, como VÁZQUEZ DE MENCHACA ou COVARRUBIAS Y LEYVA, na dicotomia *Mos Italicus – Mos Gallicus*. Sobre o ponto, FRANCISCO CARPINTERO BENITEZ, “*Mos Italicus*”, “*Mos Gallicus*” y el Humanismo Racionalista. *Una Contribución a la Historia de la Metodología Jurídica*, in “*Ius Commune*”, VI, 1977, pp. 108 e ss., e *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp. 81 e ss., para quem tal “... *puede decir que ha existido una tercera corriente metodológica que ha escapado hasta ahora a la atención de los historiadores del pensamiento jurídico*”.

¹⁶⁴⁶ *Regularum Utriusque Iuris cum Ampliationibus, Liber Primus, Ad Candentis Salamandrae insigne, Venetiis, 1566, Regula CCXL, nº 1, fl. 132 verso.*

¹⁶⁴⁷ *Regularum, cit.*, Regula CCXL, nº 10, fl. 135.

¹⁶⁴⁸ *Praelectiones in Codicem Justinianum, cit.*, ad C.4,65, nº 16, p. 225.

¹⁶⁴⁹ *Decisionum, I, cit.*, Consultatio LXXVI, nº 4, p. 135.

¹⁶⁵⁰ *De Universo Iure Emphyteutico, Lib. I, Quaestio Duodecima, nº 22, cit.*, p. 97.

¹⁶⁵¹ *Decisionum, cit.*, Decisio CCXLIII, p. 204.

*conductorem, quia non tenetur stare locationi factae per venditorem iuxta [C.4,65,9]*¹⁶⁵²; “*nempe quod personalis actio resultans ex contractu locationis, qua locator tenetur ad patinetiam praestandam ad effectum, ut conductor pro tempore locationis valeat uti frui, minime sequitur fundi possessorem*”¹⁶⁵³), ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (“... *successor particularis non tenetur stare colono, vel inquilino (...) attamen locator tunc teneretur ad interesse conductori*”)¹⁶⁵⁴, AGOSTINHO BARBOSA (“*Successor singularis non tenetur stare colono*”)¹⁶⁵⁵, BENTO GIL (“*Qui regulam ac conclusionem generalem tradunt quovis singulari successore, ut locatione stare non teneatur*”¹⁶⁵⁶; “...*exigere poterit a venditore qui sibi locaverat; nam contra eum competit illi actio ex conducto pro interesse suo [D.19,2,25,1]*”¹⁶⁵⁷), MANUEL THEMUDO DA FONSECA (“...*successor potest remove locationes a praedecessore factas...*”)¹⁶⁵⁸, BENTO PEREIRA (“... *successor particularis regulariter non teneatur stare colono...* ”)¹⁶⁵⁹, MANUEL GONÇALVES DA SILVA¹⁶⁶⁰ ou AMARO LUÍS DE LIMA¹⁶⁶¹.

Também como prolongamento da herança medieval, recorreu-se amplamente aos *pacta* de D.19,2,25,1 e C.4,65,9 para escorar a oponibilidade do contrato de locação ao sucessor a título singular¹⁶⁶².

É certo que, segundo várias opiniões, o não cumprimento dos pactos celebrados entre o vendedor e o comprador com o objectivo de manter a detenção do locatário após a venda apenas outorgava ao *venditor* o direito de actuar *ex vendito* ante a contraparte; o *conductor* não podia invocar qualquer posição advinda do acordo, cujos efeitos se

¹⁶⁵² DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Secunda Pars*, § 1, nº 3, fl. 75.

¹⁶⁵³ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Secunda Pars*, § 5, nº 5, fl. 159.

¹⁶⁵⁴ *Liber Utilissimus Iudicibus, et Advocatis*, cit., *Verbo Locatio et Conducto*, nº 27, fl. 221.

¹⁶⁵⁵ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 1, p. 299.

¹⁶⁵⁶ *Secunda Pars Commentariorum Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur.*, cit., Cap. XII, *Differentiae quintae*, nº 19, p. 354.

¹⁶⁵⁷ *Secunda Pars Commentariorum Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur.*, cit., Cap. XII, *Differentiae quintae*, nº 22, p. 354.

¹⁶⁵⁸ *Decisiones Senatus Archiepiscopalis Metropolis Ulyssiponensis Regni Portugalliae, Tomus Secundus*, cit., *Decisio CCIII*, nº 26, p. 321.

¹⁶⁵⁹ *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 1095, p. 234.

¹⁶⁶⁰ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nºs 1-2, p. 248: “...*non tenetur emptor stare colono, cui venditor locaverat ad modicum tempus (...) procedit non solo in emptore, sed generaliter quilibet successore singulari*”.

¹⁶⁶¹ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45,3, nºs 3-4, p. 131: “...*successore particulari, qui non tenetur stare colono; quia haec obligatio ad haereditatem universalem, non vero ad particularem (...) Unde si dominus, qui rem locavit, vendit eam alteri, emptor non tenetur stare colono, sed conductorem expellere poterit, quamvis dominus, qui locavit, teneatur ad interesse*”.

¹⁶⁶² Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 82.

produziam entre os pactantes: assim se pronunciaram SORDI (“...ubi emptor cum venditore convenit, ne conductor expellatur, tunc conductor non potest excipere de illo pacto, quia factum est inter alios”)¹⁶⁶³, PACIONI (“... non propterea poterit conductor de tali conventione adversus emptorem singularem successorem excipere, quia personali est, sed poterit agere adversus locatorem...”)¹⁶⁶⁴ ou SAVELLI (“An autem pactum de non expellendo inter venditorem, & emptorem factum prosit conductori (...) conductor expulsus habebit actionem ad interesse contra locatorem, & locator contra emptorem, quia pactum non operatur ultra pasciscentes...”)¹⁶⁶⁵.

Não escassearam, todavia, Autores para quem os *pacta* impediam o despejo pelo transmissário do direito do locador¹⁶⁶⁶. Analisam-se alguns desses contributos.

Convocando a regra *alteri stipulari nemo potest*, ANTONIO GÓMEZ admitia que as *actiones* que tutelavam o pacto eram meramente pessoais e, portanto, o arrendatário não podia aproveitar o acordo: “...solennem stipulationem alteri per alterum non quaeratur obligatio (...) actio vel obligatio etiam emanata respectu rei activae vel passivae, non sequitur fundi possessorem (...) nullo modo colonus vel inquilinus posset se innare ex illo pacto”¹⁶⁶⁷. Mas o jurisconsulto tentava contornar tal resultado – que considerava uma “dificuldade” – através da figura de um “*ius reale retentionis*” derivado da detenção do arrendatário, análogo ao que estava subjacente à propriedade e à posse: “*Sed huic difficultati sola potest dari solutio, quod iunctim cum illa actione personali concurrat ius reale retentionis, & detentionis, quam habet in ea; quis sicut in re potest dari & considerari dominium, & possessio, ita etiam detentatio quae affert maximum commodum, & saltem ius retentionis...*”¹⁶⁶⁸. Apesar de se tentar ligar esse direito real de retenção à acção pessoal derivada do pacto, a insustentabilidade dogmática do raciocínio era manifesta¹⁶⁶⁹ e, se fosse levado às últimas consequências,

¹⁶⁶³ *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXV*, nº 15, p. 415.

¹⁶⁶⁴ *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nº 48, p. 318. No número seguinte aplicava-se a mesma regra ao acordo tácito.

¹⁶⁶⁵ *Summa Diversorum Tractatum*, *Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 12, p. 367.

¹⁶⁶⁶ Notar-se-á a significativa presença de contributos doutrinários espanhóis (GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 82), ao que certamente não era indiferente o direito castelhano, onde a célebre *ley “Paresciendo”* (cap. 29 do *Ordenamiento de Alcalá*, de 1348) ampliou consideravelmente a eficácia do acordo de vontades e permitiu a constituição de obrigações a favor de ausentes. Sobre o ponto, e para mais desenvolvimentos, remete-se para JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary: A Historical and Comparative Account*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, pp. 31 e ss. e 50 e ss..

¹⁶⁶⁷ *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II*, cit., Cap. III, nº 9, fl. 192 verso.

¹⁶⁶⁸ GÓMEZ, *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II*, cit., Cap. III, nº 9, fl. 192 verso.

¹⁶⁶⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 82, considera-a “pouco convincente”.

não poderia deixar de atribuir um direito real ao locatário – algo que estava em contradição com os pressupostos aceites na obra de GÓMEZ.

PEDRO DE DUENÁS apontava como excepção à regra “[e]mptor non tenetur stare colono” o pacto celebrado entre o vendedor e o comprador pelo qual o segundo se obrigava a manter o locatário: “...fallit, si conventum esset inter singularem successorem & locatorem, ut ipsi singularis successor teneatur stare colono”¹⁶⁷⁰. Não se tratava do reconhecimento de um mero contrato a favor de terceiro em sentido impróprio, pois DUENÁS colocava esta excepção ao mesmo nível de outras (v.g., a sucessão a título universal ou a *locatio ad longum tempus*) que impunham ao sucessor os efeitos da locação¹⁶⁷¹.

Semelhantemente, FARINÁCIO apresentava o *pactum* como uma das limitações da regra geral (“*Limita (...) quando conventum esset, ut singularis successor, puta emptor teneatur stare locationi factae*”)¹⁶⁷², em homenagem à vinculatividade dos acordos de vontades (“*quia pacta sunt servanda*”)¹⁶⁷³. Parece evidente que se pretendia a protecção de um beneficiário externo ao pacto, dentro de uma concepção abrangente da autonomia privada.

Também fazendo apelo à fidelidade ao contrato, ANTONIO PÉREZ afirmava que o comprador não podia despejar o arrendatário quando tal fosse especialmente convencionado: “*Quod si tamen in venditione specialiter fuerit conventum, ne colonum aut inquilinum emptor expellat, servanda erit conventio & fides contractus...*”¹⁶⁷⁴.

Podia encontrar-se este entendimento, entre nós, no comentário às Ordenações Filipinas da autoria de AMARO LUÍS DE LIMA, onde se equiparava a transmissão da obrigação de manter o locatário à sucessão a título universal (“...*successore particulari, qui non tenetur stare colono; quia haec obligatio ad haeredem universalem, non vero ad particularem, nisi eo pacto emat...*”)¹⁶⁷⁵.

Refira-se, aliás, que embora declarasse a imprestabilidade do acordo para tornar oponible a locação ao sucessor, SAVELLI expressava dúvidas sobre a solução e

¹⁶⁷⁰ *Regularum*, cit., *Regula* CCXL, n.º 4, fl. 133 verso.

¹⁶⁷¹ Recorde-se que, ao glosar as *Siete Partidas* (5,8,19), GREGORIO LÓPEZ considerava que o acordo de manutenção do arrendatário impunha o respeito pela locação e nem sequer permitiria o despejo mediante o pagamento do *id quod interest* (*Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Quinta, cit., glosa *Guardada la postura*, p. 108: “*Vult ergo, quod tunc praecise teneatur stare colono, neque sufficeret, si offerat interesse ... locator praecise compelletur stare locationi*”).

¹⁶⁷² *Repertorium de Contractibus*, cit., *Quaestio* VIII, n.º 9, p. 24.

¹⁶⁷³ FARINÁCIO, *Repertorium de Contractibus*, cit., *Quaestio* VIII, n.º 9, p. 24.

¹⁶⁷⁴ *Praelectiones in Codicem Justinianum*, cit., ad C.4,65, n.º 16, p. 225.

¹⁶⁷⁵ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45,3, n.º 3, p. 131.

defendia que, para se evitarem responsabilizações circulares¹⁶⁷⁶, o locatário poderia, por força do pacto, opor exceções (“... *sed ego dubito, & puto, quod conductor habeat exceptionem ex dicto pacto ad circuitos vitandos...*”)¹⁶⁷⁷. Remetia-se, neste ponto, para outro tomo da obra (“*quod dixi in §. Stipulatio num. 12*”)¹⁶⁷⁸, onde se tratava da “[s]tipulatio inter alios facta”¹⁶⁷⁹. Era patente, destarte, um esforço de atribuir ao acordo eficácia a favor de terceiro.

Se o arrendatário obstasse à transmissão do direito do locador, impedindo a tradição do prédio, invertia a seu favor o título da posse e podia exercer o *interdictum unde vi* contra um terceiro esbulhador, pois tornara-se possuidor em nome próprio¹⁶⁸⁰. Confirmam-se, nessa linha, os trabalhos de MENOCHIO (“...*colonus post possessionem domini introversam a tertio spoliatur, nam tunc non domino contra deiicientem, sed ipsi colono interdictum datur: sic intelligo [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]*”)¹⁶⁸¹, CAROCCI (“...*conductor post possessionem domini introversam a tertio, spoliatur, nam tunc non domino contra deiicientem, sed ipsi colono interdictum datur [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]*”)¹⁶⁸² e PACIONI (que enfatizava que o *interdictum* só era concedido porque o arrendatário começara a possuir por si próprio: “[D.43,16,12; D.43,16,18 pr.] *apertissime loquuntur in casu, quo Colonus prius interverterit possessionem domini. & sic possidere sibi caeperit...*”)¹⁶⁸³. O tratadista itálico opunha-se, assim, a Autores como CIRIACO, que abusivamente retiravam daqueles textos romanos a tutela interdital da mera detenção.

No mesmo sentido se pronunciou o português DIOGO DE BRITO: o arrendatário não beneficiava do *interdictum unde vi* contra o proprietário ou contra terceiros (“*Quod veru diximus, colono seu inquilino deiecto a Domino, sive a tertio non competere remedium restitutionis, tanquam per vim expulso...*”), excepto se invertesse o título da posse, pois nesse caso já o poderia exercer contra terceiros que o expulsassem do prédio pela força (“... *limitatur casu quo postquam ipse introvertit*

¹⁶⁷⁶ O locatário expulso pelo comprador responsabilizava *ex conducto* o locador/vendedor e este, por seu turno, responsabilizava *ex vendito* o comprador.

¹⁶⁷⁷ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 12, p. 367.

¹⁶⁷⁸ SAVELLI, *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 12, p. 367.

¹⁶⁷⁹ MARCO ANTONIO SAVELLI, *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Quartus*, editio secunda parmensis, Apud Haeredes Pauli Monti, Parmae, 1733, § *Stipulatio*, nº 12, p. 297.

¹⁶⁸⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 81.

¹⁶⁸¹ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Primum Recuperandae possessionis remedium ex interdicto Praetoris. Unde vi*, nº 66, p. 199.

¹⁶⁸² *Tractatus*, cit., *Pars II, Unde Vi*, nº 5, p. 174.

¹⁶⁸³ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. XXVIII, nº 14, p. 160.

*possessionem, & sic proprio nominem incepit possidere, per vim deijcitur, tunc enim cum iam possidere proprio, & non alieno nomine sic dicendus, & sic vera in ipso consideretur possessio, a qua deiicitur, ex consequenti interdicto unde vi iuvabitur, tanquam a vera possessione deiectus, si a tertio deiiciatur per iura sic intelligenda [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]”¹⁶⁸⁴, “... contra tertium posse colonum post introversam possessionem intentare interdictum unde vi”¹⁶⁸⁵). Como é óbvio, esse exercício não era oponível ao proprietário a quem a posse fora primeiramente esbulhada, que, por seu turno, podia por si próprio reagir *in continenti* ao esbulho (“[*interdictum unde vi*], quia contra dominum ipsum non poterit (...) potest dominus ipse possessionem suam recuperare saltem in continenti”)¹⁶⁸⁶.*

A *iusta causa* de resistência prevista em D.43,16,12, que impedia o locador de recuperar a posse que lhe fora esbulhada, era preenchida pela realização de despesas necessárias com a *res* e que ainda não tivessem sido ressarcidas ao arrendatário, como decorria de MENOCHIO (“... *detentatore, ut in colono, commodatario & similibus, ii quod expensas & meliorationes necessarias habent deductionem [D.43,16,12]”*)¹⁶⁸⁷, CAROCCI (“... *conductor seu colonus habent retentionem pro necessariis expensis, [D.43,16,12]...*”)¹⁶⁸⁸, GIOVANNI PIETRO MOLIGNATO¹⁶⁸⁹ ou DIOGO DE BRITO (“... *expensarum a se factarum, vel ex alia iusta causa, si illam allegat, ita probat glossa in [C.4,65,15]”*)¹⁶⁹⁰.

MENOCHIO apontava como justa causa de retenção, além disso, o facto de não ter decorrido o prazo contratual (“... *iusta causa & ratio non restituendi est, si dicat*

¹⁶⁸⁴ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 19, fls. 38-38 verso.

¹⁶⁸⁵ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 20, fl. 38 verso.

¹⁶⁸⁶ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 20, fl. 38 verso.

¹⁶⁸⁷ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Decimumquintum Recuperandae possessionis remedium ex c. Reintegranda*. 3. q.1, nº 550, p. 331.

¹⁶⁸⁸ *Tractatus*, cit., *Pars III, Expensis*, nº 1, pp. 236-237.

¹⁶⁸⁹ *Tractatus de Retentione*, Apud Johannem Danielem Tauber, Norimbergae, 1709, *Quaestiones CXVI, CXVII e CXVIII*, p. 98 (MOLIGNATO enunciava as questões, indicando seguidamente as fontes pertinentes).

¹⁶⁹⁰ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 22, fl. 39.

conductor nondum finitum esse locationis tempus...)¹⁶⁹¹ – nunca tendo granjeado apoios maioritários, a proposta não era inédita, como se observou a propósito das Escolas medievais.

Já amplamente presente nos Comentadores, o uso da hipoteca para obstar à severidade das soluções romanas continuou presente nas obras do *Mos Italicus*¹⁶⁹².

Para alguns, a constituição da garantia derogava C.4,65,9 e permitia que o arrendatário opusesse ao sucessor o gozo do prédio. Respigam-se, *colorandi causa*, GOZADINO (“... *si alia opinio [potest colonus sibi retinere donec sibi solvatur pena vel interesse] esset verior quod tamen est falsum...*”)¹⁶⁹³, VÁZQUEZ DE MENCHACA (“... *generalis hypotheca sufficit, ut fundus postea venditus videatur cum sua causa, & onere reale, & per hoc emptor teneatur stare colono*”)¹⁶⁹⁴, ANTÓNIO DA GAMA (“[*emptorem conductorem expellere ante tempus conductionis finitum*]... *quia limitatio ad [C.4,65,9] non procedat in casu, quo res ipsa locata obligatur ad complementum locationis...*”)¹⁶⁹⁵, o Cardeal FRANCESCO MANTICA (“...*quod si colonus habet obligata bona locatoris adversus singularem successorem possit se tueri, ut non possit expelli: quia ius habet in re*”)¹⁶⁹⁶, JOÃO MARTINS DA COSTA (“*Ibi: Obrigó, & hypotheco. Clausula ista est utilis, & quando repetitur in isto contractu, emptor tenetur stare colono, ut tenent singulariter Doctores in [C.4,65,9]...*”)¹⁶⁹⁷, FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E CASTRO (“... *si in contractu locationis apponatur hypotheca bonorum, acquisitum est colonus ius in re, a qua expelli non potest (...) si ipse colonus habet bona obligata, pro observatione locationis, potest rem locatam retinere loco pignoris donec sibi solvatur, quod ei debetur. Quod autem sibi debetur est factum, id est, patientia, quod refrui bene possit, donec frui debet, id est, donec locatio durat, & quod non potest expelli, per alium conductorem, ei interesse offerentem...*”: “...se for

¹⁶⁹¹ *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Undecimum Recuperandae possessionis remedium, ex [C.4,65,34] & [C.8,4,10]*, n° 22, p. 278. Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 77.

¹⁶⁹² GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 86-88.

¹⁶⁹³ *Consilia*, cit., *Consilium XXIV*, n° 9, fl. 46.

¹⁶⁹⁴ *Controversiarum Usu Frequentium, Secunda Pars*, cit., *Livri Sexti, Cap. LVII*, n° 13, p. 433.

¹⁶⁹⁵ *Decisionum*, cit., *Decisio CCXLIII*, p. 204.

¹⁶⁹⁶ *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus, in Libros XXVII Dispartitae, Tomus Primus*, cit., *Lib. V, Tit. X*, n° 18, p. 344. No número seguinte, o Cardeal MANTICA opunha-se expressamente à corrente que admitia um direito de retenção apenas até ao momento do pagamento da indemnização.

¹⁶⁹⁷ Cf. GREGÓRIO MARTINS CAMINHA, *Tratado da Forma dos Libellos, das Allegações Judiciaes, do Processo do Juizo Secular, e Ecclesiastico, e dos Contratos, com suas Glossas, com Adições e Anotações Copiosas Compostas pelo Doutor JOÃO MARTINS DA COSTA, Na Officina dos Irmãos, e Sobrinho Ginioux, Impressores do Santo Officio, Coimbra, 1764, Annotatio LXXIX, Arrendamento, Prima Additio, a)*, p. 175. “*Obrigó, & hypotheco*” era a expressão constante de um formulário de contrato de arrendamento apresentado na obra.

aposta ao contrato de locação uma hipoteca sobre os bens, o arrendatário adquire um direito sobre a res, da qual não pode ser expulso (...) se o próprio arrendatário tem os bens obrigados para observância da locação, pode reter a coisa locada em virtude do penhor até que lhe seja satisfeito o que lhe é devido. Mas o que lhe é devido é o facto, isto é, a tolerância que lhe permita fruir correctamente enquanto deva fruir, ou seja, enquanto a locação durar, porque o arrendatário não pode ser expulso por outro que lhe ofereça o interesse...”¹⁶⁹⁸ e, com argumentação semelhante à do jurisconsulto português, MERENDA (o direito de retenção da coisa originado pela garantia visava a plena satisfação do credor, o que não seria alcançado se o arrendatário fosse expulso, ainda que mediante indemnização: “*Dicam clarius, creditor habet retentionem pignoris quousque plene sibi fuerit satisfactum usque ad obolum (...) etiam ob Chyrographariam pecuniam; ergo conductor non potest expelleri a re conducta per huiusmodi oblationem, qui per ipsam non satisfit plene obligationi locatoris; neque enim idem est, rem retinere, & petere id, quod sua interest, intereritque ante tempus se fuisse eiectum...*”)¹⁶⁹⁹.

Não faltou, em contraponto, corrente que defendesse que a hipoteca atribuída ao arrendatário um direito de retenção da res até lhe ser pago o seu *id quod interest*, representada, entre muitos outros, por VALASCO (“... *hypotheca appositae in contractu locationis, non ampliat ius actionis personalis, nec excedat eius terminus (...) quamprimum successor singularis, offert interesse colono, habenti fundum hypothecatum, videtur, quod eum possit statim expellere*”)¹⁷⁰⁰, SORDI (“... *hypotheca quae est accessoria, non ampliat ius actionis personalis quod colono competit, sed personalis actio datur solum ad interesse, si locator non praestatur patientiam*”¹⁷⁰¹; “...*hypotheca operetur solum quod colonus possuit insistere donec sibi solvatur interesse...*”¹⁷⁰²), GREGORIO LÓPEZ (“... & sic hypotheca respectu emptoris non operabitur, nisi respectu interesse, ad quod actio personalis competebat...”)¹⁷⁰³,

¹⁶⁹⁸ *De Universo Iure Emphyteutico*, Lib. I, *Quaestio Duodecima*, nº 22, cit., p. 97.

¹⁶⁹⁹ *Controversiarum Iuris, Volumen Tertium*, cit., Lib. 14, Cap. XXXIII, nº 3, p. 119.

¹⁷⁰⁰ *Decisionum*, I, cit., *Consultatio LXXVI*, nº 5, p. 135. Assinale-se o rigor dogmático do praxista lusitano, que notava com clarividência que a garantia não podia ampliar ou modificar o conteúdo do direito garantido.

¹⁷⁰¹ SORDI, *Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius*, cit., *Consilium CCCXXXI*, nº 23, p. 121. O Autor também sublinhava a acessoriedade da hipoteca.

¹⁷⁰² SORDI, *Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius*, cit., *Consilium CCCXXXI*, nº 23, p. 121: “... a hipoteca só produz efeitos porque o arrendatário pode resistir até ser satisfeito o seu interesse...”.

¹⁷⁰³ *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio*, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez, Partida Quinta, cit., glosa *Dos casos ad 5,8,19*, p. 107.

BENTO PEREIRA (que seguia inteiramente VALASCO)¹⁷⁰⁴, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL (“*si tamen particularis successor voluerit solvere interesse conductori habenti hypothecam, poterit eum cogere, ut dimittat rem hypothecam, non obstante hypotheca illa*”)¹⁷⁰⁵, D’ESPEISSES (“*Lors que le locataire a hypothèque generale sur tous les biens du locateur, il n’est pas obligé de laisser la possession de la chose louée, que par un préalable il ne soit indemnisé (...) Et a plus forte raison cela a lieu, lors qu’il a hypothèque speciale sur la chose...*”)¹⁷⁰⁶ ou MANUEL GONÇALVES DA SILVA (“*... cum enim emptor dominus sit rei locatae, poterit expellere conductorem, & retentio hypotheca dissolvetur, si ei offeratur interesse, quod ratione hypothecae praetendere poterat*”)¹⁷⁰⁷.

Mas esta tese (que acabava por admitir o despejo, mediante o pagamento da indemnização) foi amiúde acompanhada por restrições que visavam, uma vez mais, fortalecer a posição do arrendatário e proporcionar-lhe o gozo efectivo da *res*. Assim, os juristas dos séculos XVI a XVIII lançaram mão de duas figuras que, conjugadas com a constituição da garantia real, alegadamente permitiriam alcançar o referido desiderato: o juramento e o *pactum de non alienando*¹⁷⁰⁸.

Relativamente ao juramento, ANTONIO NEGUSANTI reconhecia que a hipoteca geral ou especial apenas conferia ao *conductor* um direito de retenção da coisa até ao pagamento do montante indemnizatório (o que extinguia o *ius retentionis*), sem que pudesse obter coercivamente o gozo, mas ressaltava-se a aposição de um juramento ao contrato: “*Conductor, cui non observantia locationis fuit obligata res locata, sive generaliter, sive specialiter, habet solum jus retinendi illam rem pro pignore, singular successor non cogitur ex hoc praecise stare locationi, sed solvendo interesse, resolvit jus retinendi, nisi in contractu esset appositum juramentum*”¹⁷⁰⁹.

Como se apurou, GOZADINO entendia que o pagamento da indemnização não extinguia o direito real constituído pela hipoteca, mas considerava que, mesmo na hipótese contrária, tal limitação não teria lugar quando fosse aposto um juramento à locação: “*... si alia opinio [potest colonus sibi retinere donec sibi solvatur pena vel*

¹⁷⁰⁴ *Promptuarium Juridicum*, cit., n° 1097, p. 235.

¹⁷⁰⁵ *Liber Utilissimus Judicibus, et Advocatis*, cit., *Verbo Locatio et Conducto*, n° 27, fl. 221.

¹⁷⁰⁶ D’ESPEISSES, *ob. cit.*, Partie I, Titre II, Section V, 2, p. 69. Decorria do texto que o pagamento antecipado da indemnização já permitiria o despejo.

¹⁷⁰⁷ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., n° 65, p. 257.

¹⁷⁰⁸ De novo, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 87-88.

¹⁷⁰⁹ *Tractatus de Pignoribus et Hypothecis*, editio quarta, Apud Constantinum München, Coloniae Agrippinae, 1656, *Secunda Pars*, n°s 7 a 9, pp. 18-20 (cf. o resumo constante do índice alfabético, no final da obra).

*interesse] esset verior quod tamen est falsum, illa limitat non procedere quando in locatione esset oppositum iuramentum: quia tunc precise observari debet*¹⁷¹⁰.

Para OTTAVIANO CACHERANO¹⁷¹¹, o arrendatário podia reter a coisa ao abrigo de uma hipoteca geral até que lhe fosse satisfeito o *id quod interest*: “...conductorem habentem ius in re per hypotheca generalem posse rem locatam & alteri venditam retinere pro suo interesse, & ipsi rei insistere, donec sibi persolutum fuerit interesse...”¹⁷¹². A hipótese de expulsão apenas seria totalmente afastada com a constituição de uma hipoteca especial, acompanhada pela inserção de um juramento no contrato de locação – o que se justificava pela sua específica força vinculativa (“[PAULO DE CASTRO] *ubi dicit, quod si colonus habet hypothecam, potest rem locatam retinere pignore, donec sibi solvatur, quod ei debetur, debetur aitem sibi factum, id est, patientia, quos possit frui re bene, donec frui debet, id est, donec locatio durat, non potest expelli, nec potest sibi offeri interesse (...)* Et licet contraria opinio, quod imo requiratur specialis hypotheca rei locatae (...) praecedens opinio verior videtur, & sustentabilior (...) quae sine dubio procedit, quando in locatione interpositum est iuramentum, quia iuramentum habet vim specificae expressionis”¹⁷¹³. Recorde-se, a propósito, que já a doutrina medieval reconhecia a possibilidade de realização coactiva da prestação quando a obrigação fosse confirmada por juramento¹⁷¹⁴.

Endossaram a mesma perspectiva, por exemplo, VINCENZO DE FRANCHIS (“... *specialis hypotheca cum iuramento, ad huc tenebatur emptor stare colono, quia iuramentum obligat precise ad factum*”)¹⁷¹⁵, SORDI (“...*iuramentum habet vim specialis hypothecae, ita quod conductor, cui res fuit cum iuramento locata, non poterit ab emptore expelli (...)* iuramentum habet vim specialis expressiones”)¹⁷¹⁶, SAVELLI (“...*si adsist tantum hypotheca generalis, potest expelli soluto sibi interesse (...)* Quod nec etiam possit expelli stante iuramentum locatoris de non contraveniendo, cum contineat clausulam omni meliori, sub qua venit hypotheca ad effectum sustentendi

¹⁷¹⁰ *Consilia*, cit., *Consilium XXIV*, n° 9, fl. 46.

¹⁷¹¹ O Autor é frequentemente referido nas obras da época como “Osasco” porque era filho do Senhor desse feudo, posição em que também seria investido juntamente com o seu irmão Gian Francesco.

¹⁷¹² *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Paltheniana, Curante Ioanne Feyrabendio, Francofurti, 1599, *Decisio CLVI*, n° 6, p. 446.

¹⁷¹³ CACHERANO, *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, cit., *Decisio CLVI*, n°s 4 e 5, p. 446.

¹⁷¹⁴ *Supra* II.1.1.3.1.

¹⁷¹⁵ *Decisionum Sacri Regii Consilii Neapolitani, Pars Secunda*, cit., *Decisio CCCII*, n° 5, fl. 84 verso.

¹⁷¹⁶ *Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius*, cit., *Consilium CCCXXXI*, n°s 11 e 12, p. 120.

locationem”)¹⁷¹⁷ ou ANDREA FACHINEI, que apresentava a união entre juramento e hipoteca como o meio de constranger o sucessor a título singular a respeitar a locação, sem a faculdade de dela se libertar com o pagamento de indemnização (“... *juramentum in locatione interpositum est, simul cum bonorum obligatione, illud praecise obligat ad observanda promissa (...) Poterit conductor rem conductam retinere. Et si singularis successor dicat, quod tua interest, paratus sum dare, respondebit ipse obligatus est mihi locator ac reo dominus praecise ad factum, hoc est patientiam praestandam utendi, fruendi, in eamquem causam obligavit bona*”)¹⁷¹⁸, pois nem o locador que lhe transmitiu o direito o poderia fazer (“*Quaere competit mihi retinendi jus, quia tu non potest melioris esset conditionis, quam locator, a quo causam habes*”)¹⁷¹⁹.

Também segundo FARINÁCIO só a combinação entre uma hipoteca especial e um juramento podia obrigar o sucessor a respeitar a *locatio*; a mera hipoteca mais não permitiria ao locatário do que reter a coisa até ao pagamento da indemnização por não cumprimento: “*propter simplicem hypothecam specialem absque iuramento emptor non teneatur stare colono praecise, sed tantum causative, quia videlicet colono detur retentio sola, donec sibi solvatur interesse...*”¹⁷²⁰.

A insubsistência desta solução foi certamente indicada por PACIONI. O juramento feito no âmbito do contrato de locação não podia vincular um terceiro (o sucessor), uma vez que tinha carácter relativo: “... *sola hypotheca cum juramentum non videtur posse operari, quod dominus non possit vendere, quia hoc non est de directo contravenire contractui, minusque potest operare, quod illi non contraveniat emptor, quia virtus juramenti ad eum non transit*”¹⁷²¹.

Conforme se aludiu, também foi aventada a celebração de um pacto de não alienação da *res* – garantido por uma hipoteca especial – como expediente para impor ao sucessor a título singular o gozo da coisa em espécie e sem alternativa de pagamento de quantia indemnizatória. O raciocínio subjacente era o de que, dessa maneira, se impediria a alienação.

COVARRUBIAS defendia que, sem a proibição de alienação, a hipoteca atribuía um direito de retenção e protegia o arrendatário da expulsão apenas até ao

¹⁷¹⁷ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus, cit., § Conductor, nº 12, p. 366.*

¹⁷¹⁸ FACHINEI, *Controversiarum Juris Libri Tredecim*, Apud Hermannum Demen, Coloniae Agrippinae, 1678, Lib. I, Cap. LXXXVIII, p. 68.

¹⁷¹⁹ FACHINEI, *Controversiarum Juris, cit., Lib. I, Cap. LXXXVIII, p. 68.* Assoma, pois, um apelo à regra *nemo plus iuris*.

¹⁷²⁰ *Repertorium de Contractibus, cit., Quaestio VIII, nº 4, p. 24.*

¹⁷²¹ PACIONI, *Tractatus, cit., Cap. LXI, nº 108, p. 321.*

momento em que lhe fosse prestado o *id quod interest* pelo despejo antecipado (“...*hypothecam, sive specialem sive generalem, etiam absque prohibitione alienationes omnino sufficere, ut colonus vel inquilinus jure hypothecae possit rem ipsam detinere, & se ab expulsione tutari: donec a successore singulari ei solvatur interesse*”)¹⁷²².

Semelhantemente, AGOSTINHO BARBOSA comentava que, sem a conclusão do pacto de *non alienando*, a constituição de uma hipoteca especial sobre a coisa locada não impedia ao comprador o despejo como contrapartida da satisfação do *id quod interest*: “... *resolvit quod hypothecata specialis rei locatae absque pacto de non alienanda ipsa re, non habet illam vim ut praecise alienatio non teneat & cogatur emptor stare locationis, sed satis est solvi interesse...*”¹⁷²³.

Não diferindo, D’ESPEISSES referia que o pacto de *non alienando* ao cumprimento do qual a *res* fosse afectada impedia o adquirente de expulsar o locatário, mesmo que lhe oferecesse uma indemnização pelo não cumprimento: “*L’achepteur de la chose baillé à ferme, est obligé d’ entretenir le bail lors qu’au temp du bail le locateur a promis au locataire de n’aliener pas la chose loüée pendat son bail, & que pour la assurance de sa promesse, il luy a specialmente obligé la chose loüée, & tel achepteur ne peut pas expulser ce locataire bien qu’il offre de indemniser*”¹⁷²⁴.

CAROCCI realçava que não estava ao dispor do sucessor a alternativa de pagar o interesse para evitar a oponibilidade da *locatio* quando a esta fosse aposto um pacto de não alienação com hipoteca especial: “... *vel sit appositum pactum de non alienando cum speciali hypotheca, cogatur singularis successor stare locationi, nec audiat offerendo interesse*”¹⁷²⁵. Seguindo de muito perto CAROCCI, escrevia MOLIGNATO, no seu muito citado tratado sobre o direito de retenção: “...*si appositum pactum de non alienando cum speciali hypotheca, cogatur singularis successor stare locationi, imo nec audiatur offerendo interesse*”¹⁷²⁶.

GÓMEZ pronunciava-se pela impossibilidade de alienação da *res* quando isso fosse determinado através de um pacto entre o locador e o locatário, cuja observância se garantia por uma hipoteca especial: “... *si tempore contractus locationis conductor fecit pactum cum locatore, ut durante tempore locationis non possit rem locata vendere, donare, vel alienare, & pro observantia, & firmitate obligare specialiter illam rem,*

¹⁷²² *Variarum ex Iure Pontificio, Regio, & Caesareo Resolutionum*, cit., Lib. II, Cap. XV, nº 3, p. 229.

¹⁷²³ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 1, p. 300.

¹⁷²⁴ *Les Oeuvres de Antoine D’Espeisses*, cit., Partie I, Titre II, Section V, 2, p. 69.

¹⁷²⁵ *Tractatus*, cit., Pars II, *Singulari successore*, nº 26, p. 145.

¹⁷²⁶ *Tractatus de Retentione*, cit., *Quaestio CXIX*, pp. 100-101.

*quia tunc non poterit alienare nec transferre aliquod ius in emptorem vel particularem successorem, quia pactum de non alienando appositum favore eius, qui habet hypothecam, vel aliquod ius mire impedit alienationem*¹⁷²⁷.

No mesmo sentido compulsem-se, outrossim, VINCENZO DE FRANCHIS (arrazoando que o expediente impediria a transmissão da propriedade lesiva dos interesses do arrendatário: “... *succedit limitatio ad regulam praedictam, quae est, quod licet singularis successor non teneatur stare colono, quod hoc non procedit, quando praecedat pactum de non alienando cum speciali hypotheca, quia tunc impediretur translatio domini*”)¹⁷²⁸, DIOGO DE BRITO (“... *adiecta hypotheca pro securitate contractus, licet enim pactum de non alienando cum adiectione hypothecae rei vendita, seu locatae efficiat, ut nec vendi nec locari possit eadem res in praedictum primi locatoris, itaut eiusdem rei emptor necessario stare debeat locationi a praedecessore celebrata, sic limitata regula [C.4,65,9] ...*”)¹⁷²⁹, SORDI (“...*conductor expelli non potest etiam soluto interesse, quando cum hypotheca adest pactum non alienandi & iuramentum*”; “... *generalis hypotheca cum pacto de non alienando sufficiat ad impediendum domini translationem*”)¹⁷³⁰, GREGORIO LÓPEZ (“... *nota tamen, quod si interveniret pactum de non alienando rem locatam, durante tempore locationis, & locator obligat bona sua, & specialiter domum, vel fundum locatum pro observantia promissorum, quod tunc cum venditio sit nulla (...) tenebitur tali casu emptor stare colono...*”)¹⁷³¹, PACIONI (“... *ut successor singularis stet locationi praecise, omnes admittunt, quod sufficiat dictum pactum de non alienando, una cum hypotheca speciali, quia tunc impeditur rei alienatio*”, sendo invocado o contributo de

¹⁷²⁷ *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II, cit., Cap. III, n° 9, fl. 192 verso.*

¹⁷²⁸ *Decisionum Sacri Regii Consilii Neapolitani, Pars Secunda, cit., Decisio CCCII, n° 5, fl. 84 verso.*

¹⁷²⁹ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto, cit., Secunda Pars, § 5, n° 8, fl. 161.*

¹⁷³⁰ *Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius, cit., Consilium CCCXXXI, n°s 14 e 15, p. 120.*

¹⁷³¹ *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez, Partida Quinta, cit., glosa Dos casos ad 5,8,19, p. 107.*

DE FRANCHIS)¹⁷³², MANUEL GONÇALVES DA SILVA¹⁷³³ e AMARO LUÍS DE LIMA¹⁷³⁴.

Mais uma vez na esteira da tradição medieval, continuou a ser oposto um grande número de outras exceções à regra romana¹⁷³⁵. Examinaremos as mais significativas.

Verificar-se-ia um afastamento do *ius romanum* quando o comprador tivesse conhecimento da locação. Assim se pronunciaram AGOSTINO BERO (que defendia que o conhecimento impedia o despejo até ao final do prazo da locação: “... *ubicunque emptor habuit notitia locationis alteri factae, non potest conductorem expellere, sed illi stare tenetur, donec finita erit locatio*”)¹⁷³⁶, CAROCCI (“*Singularis sucessor tenetur stare colono quando habebat notitiam locationis*”)¹⁷³⁷ JAIME CANCER (“...*si emptor sciverit contractum locationis, teneri stare colono*”)¹⁷³⁸, SORDI (“...*ubi vero res locata venditur, vel alio titulo transfertur in scientem, quod sit locata, tunc is tenetur stare colono (...) quia vendens scienti, censetur solum vendere ius, quod habet*”¹⁷³⁹)¹⁷⁴⁰, PACIONI (“...*si constet, emptorem, vel aliter acquirentem scivisse rem locatam, & tacens eam receperit, in quo pariter dicendum, eum teneri stare locationi, quia censetur tacite consensisse...*”)¹⁷⁴¹, AGOSTINHO BARBOSA (“*Limita (...) in emptore sciente a vendente rem esse locatam, quia acceptandum contractum de re locata, censetur illum*

¹⁷³² *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nº 103, p. 320.

¹⁷³³ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nº 68, p. 258: “... *quod hypotheca specialis rei locatae cum pacto expresso de non alienando impedi dominii translationem, ut etiam successor singularis praecise ad locationis implementum teneatur, nec interesse offerendo, ejicere valeat conductorem*”.

¹⁷³⁴ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45,3, nº 5, p. 131: “*Limitatur secundo, si tempore contractus locationis conductor fecit pactum cum locatore, ut durante tempore locationis rem locatam vendere, donare, vel alienare non possit, & pro observantia, firmitateque obligare rem illam; tunc enim alienare non poterit, nec transferre aliquod jus in emptorem, vel particularem successorem, quoniam pactum de non alienando appositum favore ejus, qui habet hypothecam, vel aliquod jus, impedit alienationem, virtutem, e effectum ejus*”.

¹⁷³⁵ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 83-84.

¹⁷³⁶ *Consilia sive Responsorum, Volumen Primum*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis, 1577, *Consilium II*, nº 15, p. 8.

¹⁷³⁷ *Tractatus*, cit., *Pars II, Singularem successore*, nº 37, p. 147.

¹⁷³⁸ *Variarum Resolutionum Juris Universalis Caesarei, Pontificii et Municipalis, Pars Prima*, Ex Typographia Remondiniana, Venetiis, 1760, Cap. XIV, nº 43, p. 191.

¹⁷³⁹ “*Na verdade, quando a coisa locada foi vendida ou transferida a outro título, com conhecimento de que tinha sido locada, está vinculado perante o arrendatário*”. Como expõe GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 83, SORDI apoiava-se numa analogia com a máxima *nemo plus iuris* que, evidentemente, não tinha qualquer sustentação dogmática. A questão residia, sim, na natureza do direito transmitido (*maxime* a propriedade), que não era beliscado pela posição jurídica meramente obrigacional do arrendatário – e, por isso, não se colocava sequer o problema de se transmitir um direito com conteúdo mais ou menos amplo.

¹⁷⁴⁰ SORDI, *Decisiones*, cit., *Decisio CLXXII*, nºs 5 e 6, p. 318.

¹⁷⁴¹ *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nº 86, p. 320. Com maior rigor dogmático (GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 83), PACIONI apelava a um consentimento tácito: se sabia que a *res* tinha sido dada em locação, e mesmo assim adquiriu, o comprador (ou outro adquirente) ficava vinculado ao contrato locatício, pois aceitara-o tacitamente.

acceptare cum omnibus suis qualitatibus; atque emere solum videtur jus quod venditor habebat, atque in illius statum successisse)¹⁷⁴², SAVELLI (“*Quod emptor sciens rem emptam esse locatam (...) teneatur stare locatione*”) ¹⁷⁴³, MANUEL GONÇALVES DA SILVA¹⁷⁴⁴ ou AMARO LUÍS DE LIMA (“*Limitatur tertio: si emptor habeat notitiam locationis rei emptae, tunc enim non potest expellere...*”) ¹⁷⁴⁵.

Foi aventado que o comprador deveria respeitar a locação quando lhe fosse atribuído o direito às rendas. Tal entendimento estava presente, por exemplo, em MANTICA (que considerava que assim se criaria um ónus: “...*non habeat locum, si locator successor reservavit ius exigendi pensionis, quia tunc tacite intelligitur ei iniuisse onus persistendi in locatione*”) ¹⁷⁴⁶, SORDI (“...*ubi conventum est quod pensiones spectent ad emptorem, conductor expelli non potest*”; “... *ubicunque pensiones reservantur emptori, tunc cogitur emptor stare colono*”) ¹⁷⁴⁷, PACIONI (“...*si convenerit emptor cum venditore, pensiones rei per locatorem promissas sibi deberi (...) stare debet contractus*”) ¹⁷⁴⁸ ou AGOSTINHO BARBOSA (“...*ubicunque successor singular fuerint reservate pensiones, tunc enim tenetur stare colono*”) ¹⁷⁴⁹. A mera aceitação das rendas também foi vista como uma aceitação tácita da locação, que obrigava o locador a respeitá-la; cita-se, neste sentido, JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR (“... *convenitur, ut fructuarius habeat pensiones, cogitur stare colono (...) exigere, vel recipere pensiones, videtur in hoc sibi praeiudicasse, & per factum aut tacitam acceptationem cogeretur stare colono*”) ¹⁷⁵⁰.

Para alguns Autores, o comprador podia ser constrangido a respeitar o contrato de locação se o locador tivesse jurado ao locatário que o manteria na detenção da *res*: leia-se o que escreveram, entre outros, CAROCCI (“*Si tamen in instrumento sit appositum iuramentum, prout communiter fieri solet, quod obligate praecise...*”) ¹⁷⁵¹,

¹⁷⁴² *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 23, p. 301. Tal como SORDI (citado por BARBOSA), recorria-se a um argumento tributário da regra *nemo plus iuris*.

¹⁷⁴³ MARCO ANTONIO SAVELLI, *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Secundus*, Apud Paulum Balleonium, Venetiis, 1715, § *Emptio*, nº 42, p. 39.

¹⁷⁴⁴ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nº 94, pp. 262-263: “*Limitatur (...) in emptore sciente per venditorem rem esse locatam; quia acceptando contractum de re locata, censetur illam acceptare cum omnibus suis qualitatibus...*”.

¹⁷⁴⁵ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45,3, nº 6, p. 131.

¹⁷⁴⁶ *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus*, cit., Lib. V, Tit. X, nº 22, p. 344.

¹⁷⁴⁷ *Decisiones*, cit., *Decisio CCLXIV*, nºs 15 e 16, p. 497.

¹⁷⁴⁸ PACIONI, *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nº 94, p. 320.

¹⁷⁴⁹ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 23, p. 301.

¹⁷⁵⁰ *Tractatus de Usufructu*, Ex Officina Typographica Wolfgangi Richter, Francofurti, 1604, Cap. LXXIII, nºs 14-15, p. 760.

¹⁷⁵¹ *Tractatus*, cit., *Pars II, Singularem successore*, nº 26, p. 145.

FARINÁCIO (“... *hanc regulam non procedere quando contractus locationis esset iuratus, quia tunc successor tenetur stare locationi*”) ¹⁷⁵², GIOVANNI ANTONIO MANGILI (“*Item stante iuramentum (...) sensit successorem stare deberi locationi, non obstante interesse oblato quia ut dictum, iuramentum praecise obligate ad observatiam contractus, quando praecise contractus, impleri potest...*” ¹⁷⁵³) ¹⁷⁵⁴, SAVELLI (“...*si adsist tantum hypotheca generalis, potest expelli soluto sibi interesse, secus autem stante hypotheca speciali rei locatae, vel iuramentum de non contraveniendo ...*”) ¹⁷⁵⁵ e AGOSTINHO BARBOSA (“... *quando dominus juravit non expellere colonum, tunc enim ratione juramenti locatoris cogitur emptor, seu successor singularis stare colono. Ratio est quia propter jusjurandum conductor habet specialem hypothecam, unde dicitur habere jus in re...*”) ¹⁷⁵⁶. Deste modo, o jurista português seguia e citava uma corrente para a qual o juramento tinha a força de uma hipoteca e conferia, portanto, um direito real ao beneficiário. Veja-se, em sentido contrário, a acertada crítica de MANUEL GONÇALVES DA SILVA, fundada no carácter pessoal do juramento ¹⁷⁵⁷.

O desvio ao direito romano também foi reconhecido através da celebração de um *pactum de non alienando* que proibisse a venda da coisa durante a vigência da locação, o que se confirma pelos estudos de SORDI (para quem o pacto impediria, se fosse juramentado, qualquer transmissão de direitos a favor do comprador: “... *iuramentum interpositum est super pacto de non alienando; tunc enim quia impedit alienationem valide fieri de re locata, nihil iuris transferri potuit in emptorem*”) ¹⁷⁵⁸ ou FARINÁCIO (“... *singularis successor, puta emptor, teneatur stare locationi factae (...) Idem quando expresse pactum est, ut locatione durante non possit res locata vendi*”) ¹⁷⁵⁹. O acerto da solução era posto em causa pelos efeitos relativos do pacto, cuja violação apenas poderia gerar a responsabilidade contratual do senhorio, traduzida no *id quod*

¹⁷⁵² *Repertorium de Contractibus*, cit., *Quaestio VIII*, nº 2, p. 23.

¹⁷⁵³ *Tractatus de Evictionibus, Sumptibus & Typis Samuelis Chouët, Coloniae Allobrogum*, 1668, *Quaestio CXLVII*, nº 23, p. 325.

¹⁷⁵⁴ É cristalino que para MANGILI o juramento dava ao arrendatário o direito de exigir ao sucessor a título singular do senhorio a prestação em espécie, não podendo ser substituída por mera indemnização pecuniária.

¹⁷⁵⁵ *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 12, p. 366. Assim, o juramento, ao contrário da hipoteca geral, não permitia que a consequência do despejo antecipado fosse tão-só o pagamento do *id quod interest*.

¹⁷⁵⁶ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 21, p. 301.

¹⁷⁵⁷ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nº 78, pp. 259-260.

¹⁷⁵⁸ *Decisiones*, cit., *Decisio CCXXV*, nº 7, p. 415.

¹⁷⁵⁹ *Repertorium de Contractibus*, cit., *Quaestio VIII*, nº 9, p. 24.

interest do arrendatário – algo que era devidamente assinalado por CAROCCI (“...quando locatio sit facta ad certum tempus, cum pacto, quod non possit locator ante quinquennium alienare, nam si post quinquennium alienabit, adhuc ad interesse tenebitur...”)¹⁷⁶⁰ e MANUEL GONÇALVES DA SILVA¹⁷⁶¹.

1.2.2.5 – A *locatio ad longum tempus*

Uma resenha dos contributos da corrente que prosseguiu os métodos bartolistas demonstra que os ataques desferidos pela Escola Culta à figura da *locatio ad longum tempus* foram recebidos com uma quase indiferença. O instituto continuou a ser amplamente acolhido como contrato celebrado por dez ou mais anos e que transferia a favor do arrendatário a posse da *res* e o seu domínio útil. A análise do *Mos Italicus*, à imagem da dos Comentadores, focava com especial acuidade a excepção que estaria presente à regra do livre despejo do locatário, *maxime* quando pretendido por aquele a quem o locador transmitira a título singular o seu direito¹⁷⁶².

Da doutrina italiana indicam-se, a título de exemplo, CAROCCI (“*Per locationem ad longum tempus transfertur possessio in conductorem*”¹⁷⁶³; “*Per locationem ad longum tempus transfertur utile dominium in conductorem*”¹⁷⁶⁴; “... *singularis successor tenetur stare colono ad longum tempus, in quo non procedit dispositio [C.4,65,9]*”¹⁷⁶⁵), SORDI (“... *idem est in colonum ad longum tempus, is enim ius habet in re, ideo expelli non potest*”)¹⁷⁶⁶, FARINÁCIO (que apresentava a *locatio ad longum tempus* como uma das limitações da regra de que o sucessor podia despejar o locatário: “*Limita (...) ad locatione ad longum tempus*”)¹⁷⁶⁷, o Cardeal MANTICA (“*At ex locatione ad longum tempus transfertur dominium utile, & possessio naturalis*”¹⁷⁶⁸; “...*si locatio sit contracta ad longum tempus, successor singularis etiam voluntarius teneatur persistere in locationem (...) Locatio autem ad longum tempus dicitur usque*

¹⁷⁶⁰ Tractatus, cit., Pars II, Singulari successore, n° 29, p. 146.

¹⁷⁶¹ Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, IV, cit., ad OF 4,9 pr., n° 76, p. 259. O Autor observava que um pacto tinha mera eficácia obrigacional, mesmo que juramentado: “... *rem non afficit, sed personam dumtaxat pascicentis, atque jurantis*”.

¹⁷⁶² Vide GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 151-152 e 171 e ss., e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 88.

¹⁷⁶³ CAROCCI, Tractatus, cit., Pars II, Effectibus locat. ad long. temp., n° 1, p. 91.

¹⁷⁶⁴ CAROCCI, Tractatus, cit., Pars II, Effectibus locat. ad long. temp., n° 2, p. 91.

¹⁷⁶⁵ CAROCCI, Tractatus, cit., Pars II, Effectibus locat. ad long. temp., n° 10, p. 92.

¹⁷⁶⁶ Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius, cit., Consilium CCCXXI, n° 3, p. 119.

¹⁷⁶⁷ FARINÁCIO, Repertorium de Contractibus, cit., Quaestio VIII, n° 6, p. 24

¹⁷⁶⁸ MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus, in Libros XXVII Dispertitae, Tomus Primus*, cit., Lib. V, Tit. IV, n° 6, p. 321. Citavam-se juriconsultos medievais como BÁRTOLO ou JASÃO, mas dava-se nota da opinião contrária, expendida por AIRES PINHEL e CONNANO.

*ad decennium, quia modicum tempus intra decennium*¹⁷⁶⁹), MENOCHIO (que apontava a locação por longo tempo como exceção à regra de que o *interdictum unde vi* não podia ser exercido pelo arrendatário: “... *non procedere in conductore ad longum tempus, nam is naturaliter possidet, ut emphyteuta (...)* Imo dicitur dominus utilis, cum illa locatio sit alienatio¹⁷⁷⁰”, PACIONI (“... *quaestionem hanc procedere in locatione ad modicum, non autem ad longum tempus, quae in hoc proposito dicitur ad decennium, vel ultra (...)* locatio quando est ad longum tempus transfert jus utilis domini¹⁷⁷¹”) e SAVELLI (“... *conductor ad longum tempus (...)* non potest expelli¹⁷⁷²”).

Para o francês TIRAQUEAU, a *locatio ad longum tempus* transferia a favor do locatário a posse e o domínio útil: “... *in locatione, saltem ad longum tempus. Nam ex ea transfertur & possessio, & utile dominium (...)* conductor ad longum tempus, censeatur proper & vere possidere¹⁷⁷³”. Na mesma linha, D’ESPEISSES apresentava a locação por longo tempo como desvio à regra da inoponibilidade da locação ao adquirente da *res* (“*Lors que le bail a été fait pour long-temps, l’achepteur de la chose louée est obligé d’entretenir le bail fait par le vendeur*”)¹⁷⁷⁴, numa demonstração da perdurabilidade, em França, das soluções sedimentadas pelo *Mos Italicus*, não obstante a crítica humanista. E é de notar que, em pleno século XVII, CATHERINOT ainda expunha, como axioma do direito francês no campo dos *baux prédiaux*, que “*Bail à dix ans vaut aliénation*”¹⁷⁷⁵.

Dos jurisconsultos espanhóis podem referir-se PEDRO DE DUEÑAS (“*Limita [a regra emptor non tenetur stare colono] (...)* *quandocunque conductio facta fuerit ad longum tempus (...)* *locatio decem annorum dicitur ad longum tempus*”)¹⁷⁷⁶, ANTONIO GÓMEZ (“...*si colonus vel inquilinus conduxisset ad longum rem, puta per decem*

¹⁷⁶⁹ MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus, in Libros XXVII Dispertitae, Tomus Primus*, cit., Lib. V, Tit. X, nº 16, p. 344. O Autor ainda citava a autoridade de BALDO.

¹⁷⁷⁰ MENOCHIO, *De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, cit., *De Recuperanda possessione, Primum Recuperandae possessionis remedium ex interdicto Praetoris. Unde vi*, nº 68, p. 200.

¹⁷⁷¹ *Tractatus*, cit., Cap. LXI, nº 44, p. 318. A *quaestio* a que PACIONI se referia era a do despejo pelo sucessor a título singular.

¹⁷⁷² *Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, cit., § *Conductor*, nº 12, p. 366.

¹⁷⁷³ ANDRÉ TIRAQUEAU, *De Utroque Retractu Municipali & Conventionali, Commentarii Duo*, Apud Haeredes Gulielmi Rouillii, Lugduni, 1618, *De Retraict Lignagier*, § 1, Glo. XIV, ¶ 79, p. 225.

¹⁷⁷⁴ D’ESPEISSES, ob. cit., Partie I, Titre II, Section V, 2, p. 70.

¹⁷⁷⁵ CATHERINOT, *Les Axiomes du Droit Français*, cit., p. 27.

¹⁷⁷⁶ *Regularum*, cit., *Regula CCXL*, nº 3, fls. 133-133 verso.

annos vel quoad vitam quo casu habet ius in re saltem utile...)¹⁷⁷⁷ ou COVARRUBIAS Y LEIVA, que, profundamente influenciado pela doutrina medieval, escorava-se na Glosa de Acúrsio e na opinião comum dos Doutores para estabelecer um desvio à regra de C.4,65,9, paralelo ao das locações perpétuas: “... *successor singularis non poterit expellere colonum, nec inquilinum, si res conducta fuerit ad longum tempus textus in [D.43,18,1,3] glossa quam inibi Doctores sequuntur (...) Accursius hanc locationem ad decennium, perpetuae locationi similem facit*”¹⁷⁷⁸.

Também os reinícolas aceitaram a *locatio ad longum tempus*. A exegese textual de AIRES PINHEL, que alcançou fama além-fronteiras, não foi objecto de apoios numerosos na ciência jurídica nacional.

VALASCO constituiu, sem dúvida, o praxista nacional que com maior desenvolvimento tratou a questão, dedicando-lhe o capítulo XXIX do seu tratado sobre a enfiteuse¹⁷⁷⁹. Analisar-se-ão os pontos que mais interessam ao nosso objecto de estudo.

A *locatio ad longum tempus* transferia o domínio útil e a posse natural (“...*locatio quae dicitur ad longum tempus, & ista transfert utile dominium (...) item & possessionem naturalem*”)¹⁷⁸⁰, sendo um contrato de alienação (“... *locatio ad longum tempus est alienatio*”)¹⁷⁸¹. Desse modo, o sucessor a título singular no direito do locador estava obrigado a respeitar a *locatio ad longum tempus* anteriormente celebrada, pois o arrendatário era titular do domínio útil: “... *particularis successor (...) bene tenebitur stare colono, vel inquilino ad longum tempus, ratione utilis domini quod habet*”¹⁷⁸².

Ao contrário da perspectiva humanista, que não admitia a produção de efeitos reais pela *locatio* e atribuía tal papel à enfiteuse, VALASCO cotejava longamente a *locatio ad longum tempus* e o empraçamento, apresentando-as como figuras autónomas e com vincadas distinções¹⁷⁸³.

¹⁷⁷⁷ *Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomus II, cit., Cap. III, nº 9, fl. 192.*

¹⁷⁷⁸ *Variarum ex Iure Pontificio, Regio, & Caesareo Resolutionum, cit., Lib. II, Cap. XV, nº 2, p. 228.*

¹⁷⁷⁹ Veja-se, aliás, o substancial relevo que lhe é dado por COING, *Europäisches Privatrecht, I, cit., p. 370.*

¹⁷⁸⁰ VALASCO, *Tractatus Iuris Emphyteutici*, Cap. XXIX, nºs 1 e 2, p. 476.

¹⁷⁸¹ VALASCO, *Tractatus Iuris Emphyteutici*, Cap. XXIX, nº 7, p. 478.

¹⁷⁸² VALASCO, *Tractatus Iuris Emphyteutici*, Cap. XXIX, nºs 12 e 13, p. 484.

¹⁷⁸³ VALASCO, *Tractatus Iuris Emphyteutici*, Cap. XXIX, nº 19, pp. 488 e ss.. A doutrina maioritária considerava, assim, que se estava ante uma relação jurídica *sui generis*: cf. GROSSI, *Locatio ad Longum tempus*, cit., p. 283 e ss., e COING, *Europäisches Privatrecht, I, cit., p. 370* (Autores que apresentam como exemplo, precisamente, a obra de ÁLVARO VALASCO).

Segundo FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E CASTRO, a locação seria *ad longum tempus* quando fosse celebrada por dez ou mais anos (“*ille dicitur ad longum tempus locasse, qui usque ad decennium, inclusive rem locavit*”)¹⁷⁸⁴ e, tal como escreviam os Doutores, transmitia a favor do arrendatário um direito real (“*...locatio ad longum tempus efficiat, ut ius reale in conductorem transeat, ut per praedictos Doctores*”)¹⁷⁸⁵, constituindo uma alienação: “*locatio ad longum tempus dicitur alienatio*”¹⁷⁸⁶. Era também, na sua plenitude, a recepção da doutrina do direito comum romano-canónico.

A resenha de decisões devida a ANTÓNIO DA GAMA registava: a locação por mais de dez anos constituía uma alienação (“*... si ultra decennium locatio fierit, nempe alienatio fierit*”)¹⁷⁸⁷.

JORGE DE CABEDO assinalava a transferência do domínio útil para o arrendatário (“*... in conductore ad longum tempus transit utile dominium*”), com a *locatio* concluída por dez anos a assumir a natureza de contrato de alienação (“*Adeo ut decennalis, locatio alienatio sit*”)¹⁷⁸⁸. Em decorrência, o *conductor* não podia ser expulso: “*Cum ergo conductor, dominus utilis sit, & duret decennium, expelli non potest*”¹⁷⁸⁹.

As *Observationes* de MIGUEL DE REINOSO seguiam a tendência. A locação *ad longum tempus* transmitia ao arrendatário o domínio útil e, portanto, constituía uma alienação, visto que esta era implicada por aquela transferência (“*... locationem ad longum tempus transit utile dominium (...) ubi autem transfertur utile dominium datur proprie alienatio*”)¹⁷⁹⁰.

ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL expunha que o locatário *ad longum tempus* adquiria o domínio útil e, como tal, não podia ser antecipadamente expulso pelo sucessor a título singular: “*... si tamen locatio fiat ad longum tempus, non poterit tunc*

¹⁷⁸⁴ FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E CASTRO, *De Universo Iure Emphyteutico Syntagma Tripartitum, Pars Quarta*, Venundatur in D. Zachariae Palthenii, Librarii Francofurtensis Officina, 1613, nº 24, p. 8.

¹⁷⁸⁵ CALDAS PEREIRA E CASTRO, *De Universo Iure Emphyteutico Syntagma Tripartitum, Pars Quarta*, cit., nº 10, p. 5.

¹⁷⁸⁶ CALDAS PEREIRA E CASTRO, *De Universo Iure Emphyteutico Syntagma Tripartitum, Pars Quarta*, nº 10, p. 5.

¹⁷⁸⁷ *Decisionum*, cit., *Decisio CCXIII*, nº 5, p. 215.

¹⁷⁸⁸ JORGE DE CABEDO, *Practicarum Observationum Sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Pars Prima*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1620, *Decisio XCII*, nº 1, p. 111.

¹⁷⁸⁹ JORGE DE CABEDO, *Practicarum Observationum*, I, cit., *Decisio XCII*, nº 3, p. 111.

¹⁷⁹⁰ MIGUEL DE REINOSO, *Observationes Practicae*, cit., *Observatio LXX*, nº 13, p. 504.

singularis sucessor expellere conductorem, quia tunc fuit utile dominium translatum in ipsum conductorem”¹⁷⁹¹.

Apesar das “*elegantes*” objecções de CONNANO e AIRES PINHEL (cuja obra mostrava conhecer perfeitamente), BENTO GIL mantinha-se arreigado à opinião comum de que a locação celebrada por dez ou mais anos transferia o domínio útil, para o que também contribuía o facto de a legislação nacional ter acolhido a *locatio ad longum tempus*: “... *locatione quoque ad longum tempus, utile dominium transfertur, id est, facta in decennium, vel ultra...*”¹⁷⁹²; “*Quia ergo, locatione ad longum tempus, aequae, ac illa, quae sit in perpetuum, utile dominium transfertur, & eodem iure censentur, haec, & illa, secundum receptas Doctorum opiniones, & leges nostras Regias...*”¹⁷⁹³. As consequências eram de monta: o *conductor ad longum tempus* tinha uma posição oponível ao sucessor a título singular, por ele não podendo ser despejado (“... *conductor ad longum tempus, a particular successore nequeat expelli, sic limitata regula [C.4,65,9]...*”) ¹⁷⁹⁴, e, quando fosse proibida uma alienação, também o era a *locatio ad longum tempus* (“[*u*], *prohibita alienatione, locatio ad longum tempus prohibita censeatur...*”) ¹⁷⁹⁵.

AGOSTINHO BARBOSA indicava que a *locatio ad longum tempus* transferia o domínio útil a favor do arrendatário (“... *dominium utile transit in conductorem ad longum tempus*”) ¹⁷⁹⁶ e equiparava-a à enfiteuse (“*Et locatio longi temporis aequiparatur emphyteusi*”) ¹⁷⁹⁷. Consequentemente, a regra presente em C.4,65,9 sofreria uma excepção se ao contrato fosse aposto um prazo de dez ou mais anos: “*Limita (...) in locatione ad longum tempus puta ad decennium & ultra*”¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹¹ *Liber Utilissimus Iudicibus, et Advocatis, cit., Verbo Locatio et Conducto, nº 27, fl. 221 verso.*

¹⁷⁹² BENTO GIL, *Commentaria in L. Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur. Duabus Divisa Partibus, cit., Cap. IX, nº 5, p. 251.*

¹⁷⁹³ BENTO GIL, *Commentaria in L. Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur. Duabus Divisa Partibus, cit., Cap. IX, nº 5, p. 252.*

¹⁷⁹⁴ BENTO GIL, *Commentaria in L. Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur. Duabus Divisa Partibus, cit., Cap. IX, nº 7, p. 253.*

¹⁷⁹⁵ BENTO GIL, *Commentaria in L. Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur. Duabus Divisa Partibus, cit., Cap. IX, nº 7, p. 253.*

¹⁷⁹⁶ *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus, cit., ad C.4,65,3, nº 4, p. 290.* BARBOSA citava, a propósito, a obra de AIRES PINHEL (*Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis, cit., Pars III, nº 63, na edição que usamos pp. 159 e ss.*). Na verdade, PINHEL expunha a doutrina corrente, mas, como vimos, repudiou-a e combateu-a minuciosamente.

¹⁷⁹⁷ AGOSTINHO BARBOSA, *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus, cit., ad C.4,65,3, nº 5, p. 290.*

¹⁷⁹⁸ AGOSTINHO BARBOSA, *Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus, cit., ad C.4,65,9, nº 13, p. 300.*

Segundo o prontuário de BENTO PEREIRA, a locação concluída por dez anos constituía uma alienação do domínio útil (“*Locatio ultra decennium est alienatio translato dominio in conductorem*”¹⁷⁹⁹; “*Conductor ad longum tempus habet dominium utile*”¹⁸⁰⁰) e não permitia ao locador a expulsão do *conductor*: “*Conductor ad longum tempus expelli non potest per locatorem, ex casu superveniente*”¹⁸⁰¹.

MANUEL ÁLVARES PEGAS não desalinava. A *locatio ad longum tempus* – que era a celebrada por dez anos – equivalia a uma alienação, pois produzia a transferência do domínio útil: “... *alienationis appellatione ventit locatio ad longum tempus, & per eam transfertur utile dominium (...)* Et locatio ad longum tempus dicitur, quando facta est ad decennium”¹⁸⁰². No mesmo sentido, e já no século XVIII, AGOSTINHO DE BEM-FERREIRA comentava, a propósito das Instituições de Justiniano mas com base no direito pátrio: “[a]rrendamento de dez annos, passa dominio util, e proveitoso, Ord. lib. 3 tit. 47 pr. lib. tit. 48. §. 8”¹⁸⁰³.

A excepção constituída pela *locatio ad longum tempus* à regra da inopobilidade da locação ao sucessor a título singular (também presente nas Ordenações Filipinas)¹⁸⁰⁴ era assinalada por MANUEL GONÇALVES DA SILVA e justificada pela transferência do domínio útil: “*dicta conclusionem procedere tamtum in locationem ad modicum tempus non autem in ea, quae sit ad longum tempus, veluti ad decennium, vel ultra, ut expresse habetur in nostro texto ibi: Por tempo que fosse menos de dez anos, quia locatio quando est ad longum tempus transfert ius utilis dominii...*”¹⁸⁰⁵.

Tendo assumido uma postura culta moderada (como foi timbre do Humanismo em Portugal), a desilusão de MANUEL SOARES DA RIBEIRA com o movimento cujáciano conduziu-o a uma actividade de comentador típico¹⁸⁰⁶, nomeadamente com a composição de um *Tesouro* de opiniões comuns¹⁸⁰⁷. Nesta obra, a locação por longo tempo – que era a celebrada por dez ou mais anos (“*Conductor ad longum tempus is est,*

¹⁷⁹⁹ BENTO PEREIRA, *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 1086, p. 233.

¹⁸⁰⁰ BENTO PEREIRA, *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 1089, p. 234.

¹⁸⁰¹ BENTO PEREIRA, *Promptuarium Juridicum*, cit., nº 1089, p. 234.

¹⁸⁰² *Resolutiones Forenses Practicabiles, Pars Secunda*, Ex Typographia Michaelis Deslandes, Ulyssipone, 1682, Cap. IX, nºs 80 e 81, p. 601.

¹⁸⁰³ *Summa da Instituta com Remissoens ao Direito de que Esta se Deduz, Ordenaçoens com que se Confórma, e Doutrinas Praticas*, tomo III, Na Officina de Domingos Gonsalves, Lisboa, 1746, ad I.3,25(24),3, nº 4, p. 52.

¹⁸⁰⁴ *Infra*, II.1.3.4.

¹⁸⁰⁵ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nº 4, p. 248.

¹⁸⁰⁶ Sobre este Autor e o seu percurso, onde não faltou uma dura refrega na qual CUJÁCIO usou o ataque pessoal, cf. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., pp. 283 e ss.

¹⁸⁰⁷ ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., p. 307.

qui vel ad tempus decem annorum, vel longius conducit, ut commune assevero...)¹⁸⁰⁸ – surgia como uma alienação (“*Conductio longum tempus dicitur alienatio...*”) ¹⁸⁰⁹ por efeito da qual se transferia a favor do *conductor* o domínio útil do prédio, com a correspondente protecção processual *in rem* (“... *habet autem huiusmodi conductor utile dominium & in rem actionem*”) ¹⁸¹⁰. O direito real de que o locatário era titular impedia o seu despejo pelo sucessor a título singular (“*Conductor ius in re habens non expellitur a particulare successore, ut commune proferunt...*”) ¹⁸¹¹, tornando a *locatio* oponível ao comprador: “*Conductor ad longum tempus ab emptore non abigetur*” ¹⁸¹².

A atribuição de carácter real a estas locações fortalecia ainda mais o direito do arrendatário contra a expulsão – intenção patente nas obras dos juristas medievais e que os seus sequazes prosseguiram afincadamente. As objecções humanistas não foram de molde a inverter a tendência e, como se observará, só o Iluminismo conseguiria romper a malha de vínculos, de inegável influência feudal, que o *ius commune* paulatinamente entretecera à volta da *locatio romana* ¹⁸¹³.

Saliente-se, porém, que a perspectiva humanista foi apoiada por DIOGO DE BRITO no seu comentário sobre o “*Titulum de Locato, & Conducto*” (possivelmente a mais completa e desenvolvida obra portuguesa da época sobre a matéria), que verificava a copiosa opinião comum em torno da figura da *locatio ad longum tempus* como modo de transferência do domínio útil: “*locatio decimarum ad alienationem extendatur (...)* *sintque innumerabiles Doctores, qui tenent per locationem ad longum tempus utile dominium transfert in conductorem...*” ¹⁸¹⁴. Mas, acto contínuo, indicava a doutrina oposta, saída das penas de CONNANO e AIRES PINHEL, dando-lhe a sua concordância: “... *dum pugnant pro praedicta communi sententia adversus Conan. (...)* *Pinel. (...) qui tenet contra communem (...) quam nos etiam plenissime comprobavimus acerrime pugnantes pro ipsorum sententia*” ¹⁸¹⁵.

¹⁸⁰⁸ SOARES DA RIBEIRA, *Thesaurus Receptarum Sententiarum, Quas Vulgus Interpretum Communes Vocat*, Apud Ioannem Gymnicum sub Monocerote, Coloniae Agrippinae, 1593, n° 197, fl. 38.

¹⁸⁰⁹ SOARES DA RIBEIRA, *Thesaurus Receptarum Sententiarum*, cit., n° 192, fl. 38.

¹⁸¹⁰ SOARES DA RIBEIRA, *Thesaurus Receptarum Sententiarum*, cit., n° 199, fl. 38 verso.

¹⁸¹¹ SOARES DA RIBEIRA, *Thesaurus Receptarum Sententiarum*, cit., n° 210, fl. 39.

¹⁸¹² SOARES DA RIBEIRA, *Thesaurus Receptarum Sententiarum*, cit., n° 202, fl. 38 verso.

¹⁸¹³ GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 202-203.

¹⁸¹⁴ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Tertia Pars, Capitis secundi*, n° 1, fls. 245-245 verso.

¹⁸¹⁵ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Tertia Pars, Capitis secundi*, n° 1, fl. 245 verso.

Baseando-se em D.19,2,39, o jurista almeidense defendia que a verdadeira e própria locação não transferia o domínio, mas apenas o uso da *res*; o contrato adequado à produção de efeitos reais, e que permitia ao senhorio receber a renda ao abrigo do domínio directo, era a enfiteuse¹⁸¹⁶. Assim, fosse por breve ou por longo tempo, o locatário não era possuidor mas mero detentor, pois a transferência da posse exigia a existência de um título idóneo à transferência de direitos reais¹⁸¹⁷.

Coerentemente¹⁸¹⁸, DIOGO DE BRITO não aceitava que a *locatio ad longum tempus* fosse uma excepção a C.4,65,9: “... *ubi ostendimus minus veram in puncto iuris praedictam communem sententiam, licet, inquam, successor singularis iuxta illam teneatur stare locationi ad longum tempus a praedecessore celebratae...*”¹⁸¹⁹.

Recebiam-se, pois, as directrizes cujacias, algo com pouca ressonância entre os restantes reinícolas. A essa posição não foi certamente indiferente o facto de DIOGO DE BRITO ter sido discípulo do canonista BARTOLOMEU FILIPE¹⁸²⁰, cujo ensino em

¹⁸¹⁶ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Tertia Pars, Capitis secundi*, nº 1, fl. 245 verso: “Non solet locatio dominium transferre, ex consequenti insinuat Iurisconsultus, quod licet regulariter locatio dominium non transferat, poterit tamen aliquando transferre, ita ut nulla in eo detur implicatio, seu complexitas, nec tamen ponderant textum hunc, qui ut modo ponderavimus, urgentius facit pro communi sententia, nempe posse legitime locationem extendi ad alienationem, & ex consequenti ad dominium, & ius reale transferendum. Siquidem igitur in contraria fuimus sententia, quam verissimam ostendimus contra communem, & in eadem constanter persistimus, illud advertimos pro responsione prasentis dubii insurgentis ex litera textus, verbum, locatio, de se aptum esse ad comprehendendam tam veram, & propriam locationem per quam solus usus transfertur, quam etiam ad comprehendendum contractum emphyteuticum, qui sub generali locationis nomine antiquitus veniebat quousque proprius, & specificus contractus effectus est (...) quinimo contractum ipsum locationis, praecipue ad longum tempus, seu in perpetuum celebratum modica in recognitionem directi domini exolvenda pensione in nihilo differre ab emphyteusi, & in omnibus eidem aequiparari (...) ea tamen adhibita consideratione, quod in praedicta specie non veros, & proprius locationis contractus considerari debet, sed lato modo, & improprie, implicat enim, ut iam loco citato ostendimus, quod contractus, qui suam habet peculiarem, & specificam naturam, possit alii diverso convenire”.

¹⁸¹⁷ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Prima Pars*, § 2, nº 8, fls. 34-34 verso: “... in conductore, tam ad breve, quam ad longum tempus, & sane de primo extra dubium negativa constituenda est conclusio, videlicet quod non possideat, nec in ipso possessio civilis, nec etiam naturalis proprie consideretur, ut aperte probat textus in [D.19,2,39] iuncto eo quod certissimi iuris est, nempe ad transferendam possessionem requiri, ut praecedat titulus habilis ad transferendum dominium, seu ius aliquod in re, de qua agitur, secundum quod recte dicitur, quod titulus, qui non est habilis ad dominium transferendum, non est quoque habilis ad possessionem transferendam, sive civilem, sive etiam naturalem, sed nudam tantum detentationem ...”.

¹⁸¹⁸ Uma coerência que não estaria presente em Autores da nomeada de BRONCHORST e ZOESIO: cf., *infra*, II.1.2.4.5.

¹⁸¹⁹ DIOGO DE BRITO, *Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, cit., *Secunda Pars*, § 5, nº 8, fl. 161 verso.

¹⁸²⁰ ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., p. 225.

Coimbra¹⁸²¹ foi caracterizado pela (mal recebida) defesa do acesso directo às fontes, sem a intermediação das glosas e da autoridade dos Doutores¹⁸²².

¹⁸²¹ Sobre o fugaz lampejo humanista na Universidade de Coimbra na centúria de quinhentos, consulte-se, por todos, ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., pp. 211 e ss..

¹⁸²² Remete-se para ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., pp. 227 e ss..

1.2.3 – A *iurisprudentia* alemã e neerlandesa do período da Recepção¹⁸²³

1.2.3.1 – A não realização coactiva da prestação do locador

A ciência jurídica quinhentista e dos inícios de seiscentos na Alemanha e na Holanda não tergiversou da disciplina romana, consolidada na Idade Média: se o locador não proporcionasse o *uti frui* estabelecido no contrato, estava sujeito ao pagamento de quantia indemnizatória, exigível através da *actio conducti*¹⁸²⁴.

Nesse sentido, podem ser consultadas, por exemplo, as obras de MELCHIOR KLING (“*Aut conductor impeditur uti re locata, impedimento locatoris, & tenetur locator ad interesse*”)¹⁸²⁵, MYNSINGER VON FRUNDECK (“... *an conductor impediatur uti re locata impedimento locatoris (...) tenebitur locator ad interesse*”)¹⁸²⁶, MATTHAEUS WESENBECK (“*Conductor agit in hoc, ut sibi liceat re locata uti, aut solvatur id quod interest*”)¹⁸²⁷, CONRAD RITTERSHAUSEN (“*Si non liceat uti frui conductori, vel per locatorem, vel per alium, quem locator prohibere potuit, tenetur ipse ad id quod interest*”)¹⁸²⁸, HUBERT VAN GIFFEN/BALTHAZAR ROYER (“*Vel forte impeditur facto locatoris, illudque si est cum culpa, non solum pensionis sit remissio, sed conductori prestatur quod eius interest re conducta non frui*”)¹⁸²⁹, JOHANN HALBRITTER (“*Conductor hac actione ad id quod interest agit, si res ei*

¹⁸²³ A recepção do direito romano justinianeu na Alemanha e na Holanda apenas foi acompanhada da formação de um verdadeiro corpo de juristas nos finais do século XV e na centúria seguinte. Dedicaremos a nossa atenção ao trabalho desses jurisconsultos, divididos entre o bartolismo ainda imperante e o Humanismo jurídico que desabrochava, mas sem se implantar verdadeiramente (o que se observará com particular acuidade na secção reservada à *locatio ad longum tempus*). Sobre a questão, vejam-se, entre outros: WIEACKER, *História*, cit., pp. 161 e ss., 172 e ss., 178, 181 (intercâmbio de Professores entre a Alemanha e a Holanda no século XVI); WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 139-141 e 183-186; ROBERT FEENSTRA, *Zur Rezeption in den Niederlanden*, in “L’Europa e il Diritto Romano: Studi in Memoria di Paolo Koschaker”, Giuffrè Editore, Milão, 1953 (republicado in “Fata Iuris Romani – Études D’ Histoire du Droit”, Presse Universitaire de Leyde, Leiden, 1974), pp. 250-251 (onde se distingue entre uma pré-recepção até aos meados do século XV e a recepção propriamente dita que lhe sucede).

¹⁸²⁴ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 116.

¹⁸²⁵ *Enarrationes in Quatuor Institutionum Libros*, Apud Paulum Mirallietum, Lugduni, 1546, ad I. 3,25, nº 6, p. 293.

¹⁸²⁶ *Apotelesma, Hoc Est, Corpus Perfectum Scholiorum ad Institutiones Justinianeas Pertinentium*, Sumptibus Ioannis Kinchii, Coloniae Agrippinensium, 1619, ad 3,25 pr., nº 5, p. 469.

¹⁸²⁷ *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, Typis Conradi Waldkirch, Basileae, 1593, ad D.19,2, nº 16, col. 465.

¹⁸²⁸ *Commentarius Novus in Quatuor Institutionum Imperialium Divi Justiniani*, Sumptibus haeredum Lazari Zetneri, Argentorati, 1618, ad I.3,24,5, p. 483 (invocando, designadamente, D.19,2,24,4 e -19,2,33).

¹⁸²⁹ *Theses de Locatione et Conductione*, praeside Huberto Giphonio, Balthazar Royer tuebitur, Ex Officina Typographica Wolfgangi Ederi, Ingolstadi, 1594, XLII, p. 11.

fuert evicta)¹⁸³⁰, FRIEDRICH HILDERICH VON VAREL/JOHANNES WINSHEIM¹⁸³¹, WOLFGANG GRUNING (“*Conducti actio datur in id, ut re conducta liceat uti: aut ut solvatur id, quod interest*”)¹⁸³², JOÃO ALTÚSIO (“*Actio conducti competit conductor, adversus locatorem, ut sibi conductor liceat re conducta (...) vel ut solvat locator id, quod ejus interest, si à locator, vel alio (...) impeditur*”)¹⁸³³ ou JOHANNES HARPPRECHT (“*Conducti actio datur conductor (...) ut sibi re conduct uti frui licere praestet, aut interesse solvat (...) [D. 19,2,24,4] [D. 19,2,33]*”)¹⁸³⁴.

Ou seja, a realização em espécie da prestação era uma opção discricionária do *locator*.

1.2.3.2 – A tutela possessória do locatário

Na questão em apreço seguiu-se, basicamente, o legado dos Comentadores¹⁸³⁵, em detrimento dos contributos humanistas mais radicais¹⁸³⁶.

Era o locador quem tinha legitimidade para requerer a concessão dos meios de defesa da posse, já que o locatário tinha a qualidade de simples detentor¹⁸³⁷: apontam-se nesta conclusão, e a título puramente ilustrativo¹⁸³⁸, JOÃO OLDENDORPIO¹⁸³⁹, KONRAD LAGUS¹⁸⁴⁰, MYNSINGER VON FRUNDECK (“*Unde colono non dicuntur propria concedi interdicta, sed ei, cuius nominem possidebat*”)¹⁸⁴¹, WESENBECK (“*Sed*

¹⁸³⁰ *Haec de Locatione & Conductione Axiomata*, Apud Alexandrum Hoggium, Tubingae, 1589, 44.

¹⁸³¹ Nesta dissertação afirma-se que a *actio conducti* era concedida ao locatário para lhe permitir o uso da *res* (“*Conducti actio datur conductori (...) ad id, ut liceat re conducta uti*” – *Theses de Locatione et Conductione*, Typis Christophori Lochneri et Iohannis Hofmanni, Altdorphium, 1591, XXII, p. 6), mas remetendo-se para D.19,2,24,4 e D.19,2,33 (cf. a nota a)).

¹⁸³² *Positiones de Contractu Locationis et Conductionis*, typis Leonhardi Ostenii, Basileae, 1592, XXIX.

¹⁸³³ *Dicaelogaie Libri Tres, Totum & Universum Jus, Quo Utimur, Methodicè Complectentes*, Apud Christophorum Corvinum, Herbonae Nassoviorum, 1617, Lib. III, cap. XI, nº 31, p. 629.

¹⁸³⁴ *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius*, editio quarta, Apud Marcum-Michaelem Bousquet & Soc., Lausannae, 1748, ad I. 3, (24) 25 pr., nº 79, p. 356.

¹⁸³⁵ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 374.

¹⁸³⁶ Neste preciso sentido, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 119.

¹⁸³⁷ Vide GENIUS, ob. cit., p. 116.

¹⁸³⁸ Cf. as indicações de GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 117.

¹⁸³⁹ “*Multo minus habet hanc actionem is, qui neq; animo, neq; corpore possedit, vel quasi possedit*”; “*Competit ei, qui per procuratorem aut colonus possidet, si fuerint hi deiecti*”: *Actionum Forensium Progymnasmata, Secundus Tomus Operum*, Basileae, 1559, *Classis secundae, de iuris possessionis persequendo, Actio Decima (De Actione Interdicti, Unde Vi)*, V, nºs III e IIII, p. 156.

¹⁸⁴⁰ “... non potest alieno interdicto possessorio (...) tueri: nam conductores non possident res conductas” (*Pars Quarta*, Cap. XLVI, nº 4, p. 590); “*Nam si quis alieno nomine rem aliquam in possessionem habeat, ei non datur [interdictum], etiam si deiectus sit ab ea, sed illi, cuius nomine eam tenuit*” (*Pars Quarta*, Cap. XIII, nº 15, p. 506): *Methodica Iuris Utriusque Traditio*, Apud Ant. Gryphium, Lugduni, 1592.

¹⁸⁴¹ *Apotelesma*, cit., ad I.4,15,5, nº 12, p. 725.

*quia alius possidere potest, alius detinere alieno nomine atque iure, ut colonus...*¹⁸⁴²; “*Ex hoc interdicto actio competit cuicumque qui deiectus est (...) Sed & ei qui suo nomine (nam secus si alieno [...]) detinet*”¹⁸⁴³), JOHANNES THOMAS FREIGIUS (“*hoc interdictum (...) Non datur autem ei qui alieno nomine possidet (ut sunt procurator, colonus inquilinus)*”)¹⁸⁴⁴, FRIDERO MINDANO (“*per Colonos aut Inquilinos, aut Servos nostros possidemus (...) alius per quem possidebam dejectus fuerit, mihi competere Interdictum, nemini dubium est*”¹⁸⁴⁵; “*Fructuarius & similibus Interdicta reddantur, tanquam veris possessoribus, licet Colonis (...) sibi non possidentibus, denegentur*”¹⁸⁴⁶), JUSTUS MEIER (“... qui non possidet, regulariter non competit (...) velut colono”¹⁸⁴⁷) ou REINER BACHOVIO (AB ECHT): “*Colonus dicuntur possidere naturaliter, quibus hoc Interdictum non datur*”¹⁸⁴⁸.

JOHANN SCHNEIDEWIN não deixava, nesta linha, de afirmar que a protecção interdital era outorgada ao locador¹⁸⁴⁹. Porém, lançando mão de um argumento *a fortiori*, concluía que, se até aquele que esbulhou (“*praedoni seu spoliatori*”) era protegido pelo *interdictum unde vi*, por maioria de razão o seria o locatário: “*Praedoni seu spoliatori hoc interdictum unde vi etiam competit, ut hic, & sic malae fidei possessori (...) multo magis impropriis possessoribus, ut (...) Colono, conductori*”¹⁸⁵⁰.

Dentro de tal posição minoritária, citem-se, ainda, os neerlandeses NIKOLAUS EVERARDUS VAN MIDDELBURG (que afirmava que a mera detenção devia ser tutelada pelo *remedium de iure civili*: “...*detentatori detur remedium de iure civili contra eum a quo rem & causam habet*”)¹⁸⁵¹ e , apesar da exposição já observada, FRIDERO MINDANO, que convocava uma finalidade de equidade (“*aequitatis finibus*

¹⁸⁴² *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, cit., ad D. 41, 2, nº 8, col. 743.

¹⁸⁴³ *Idem*, ad D.43,16, nº 11, col. 801.

¹⁸⁴⁴ *Paratitla Seu Synopsis Pandectarum Iuris Civilis*, Per Sebastianum Henric Petri, Basileae, 1583, Pars VI, Lib. XLIII, Tit. XVI, p. 869.

¹⁸⁴⁵ *Commentarius Synopticus de Materia Possessionis, ad Titulum de Acquirenda vel Amittenda Possessione*, Typis & Impensis Nicolai Ludovici Winckleri, Wetzlariae, 1731, Cap. II, nº 14, p. 12.

¹⁸⁴⁶ Ob. cit., Cap. III, nº 20 p. 23.

¹⁸⁴⁷ *Collegium Argentoratense, Tomus Tertius*, Sumptibus Eberhardi Zetzneri, Argentorati, 1657, ad D.43,16, nº 10, p. 77.

¹⁸⁴⁸ *Notae et Animadversiones in Matthei Wesenbecii Pandectas Iuris Civilis, Quae Olim Paratitla*, Apud Ioannem Kinchium, Colloniae Agrippinae, 1640, ad D.43,16, nº 11, nota *Sive Naturaliter*, p. 677.

¹⁸⁴⁹ SCHNEIDEWIN, *In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, Nona Editione, Sumptibus Georgii Andreae Dolhopffii, Argentorati et Francofurti, 1677, ad I. 4,15,6, nº 22, col. 1831 (“*domino fundi vel aedium hoc interdictum competit*”) e nº 29, col. 1833 (“*Nam si colonus meus dejicitur, ego dejici videor, & habeo interdictum Unde vi*”).

¹⁸⁵⁰ SCHNEIDEWIN, *In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, cit., col. 1832, nota b do nº 23 da col. anterior. Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 117.

¹⁸⁵¹ *Consilia Sive Responsa*, Francofurti, 1572, *Consilium LXXXV*, nº 8, p. 233.

circumscripta”) para defender a outorga de um *interdictum utile* a favor do *conductor*: “*Cum latissima ut Praetoris, ita & Interdictorum sit potestas, amplissimis tum Juris, tum aequitatis finibus circumscripta: unde & pluribus, quam uno modis, etiam nudis Detentoribus, ut Colono Inquilino, Conductor, Procuratori consultum est (...) dabitur Interdictum. Et utilia haec Interdicta, tam recuperandae quam retinendae...*”¹⁸⁵². Este esforço não obteve ressonância significativa: a tendência global continuou a ser a de negar a tutela dos *interdicta*¹⁸⁵³.

A solução contida em C.8,4,7 não era reconhecida como meio à disposição do *conductor* e, para uma corrente que se começava a desenhar no *ius commune* (já visível, por exemplo, em COVARRUBIAS), a própria vigência da *constitutio* era negada (“...*hujus legis aliarumque similium rigore totius orbis Christiani non usu sublatam (...) Nec memine in Germania videre usum hujus legis*”)¹⁸⁵⁴.

A admissibilidade de protecção possessória através do cânone *Redintegranda*¹⁸⁵⁵ traduziu-se na aceitação, por alguns Autores, da legitimidade activa do locatário em sede da respectiva *condictio*. Neste grupo contam-se HENNING GÖDE (“... *dictus Canon magis generalis est, & generaliter locum habet ubi singula alia remedia possessoria locum habere possunt (...) Et competit etiam nudis detentoribus contra possessores iuniores sive posteriores possessores...*”)¹⁸⁵⁶, SCHNEIDEWIN¹⁸⁵⁷, WESENBECK (“... *amplissimum remedium canonis Redintegranda (...) quod indistinctè omnibus vim passis (...) datur*”)¹⁸⁵⁸, ALTÚSIO (“*Spoliatione possessionis jure canonico prohibita ex. c. redintegranda. 3. quaest. 1 obligatur dejiciens & possidens ejusq (...) conductori (...) ad hoc, ut factâ ablatae rei restitutione, in possessione redintegrentur*”)¹⁸⁵⁹ e LUDOLF SCHRADER (“...*remedium Canonis*

¹⁸⁵² *Commentarii Theorico-Practici de Interdictis*, Typis & Impensis Nicolai Ludovici Winckleri, Wetzlariae, 1731, *Commentarius XVI*, nº 42, p. 269.

¹⁸⁵³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 118.

¹⁸⁵⁴ Cf. HUBERT VAN GIFFEN, *Explanatio Difficiliorum et Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, Impensis Haeredum Authoris, Coloniae Placianae, 1615, ad C. 8,4,7, p. 286.

¹⁸⁵⁵ Apontada, com amplas referências de fontes, por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 118.

¹⁸⁵⁶ *Consilia*, Typis Excudebat Ioannes Luft, Vitebergae, 1544, *De Interdictis Restitutoriis, Consilium II*, nº VIII, fl. CCCVI.

¹⁸⁵⁷ O raciocínio era idêntico ao que fora usado quanto ao *interdictum unde vi*: se o remédio oferecido pelo cânone *Redintegranda* podia ser utilizado por quem esbulhava, por maioria de razão competiria a um “possuidor impróprio” como o locatário (“*Praedoni seu spoliatori (...) competit (...) remedio capitis Redintegranda (...) multo magis impropriis possessoribus, ut (...) Colono, conductori*”, citando-se SOCINO): *In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, cit., col. 1832, nota b do nº 23 da col. anterior.

¹⁸⁵⁸ *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, cit., ad D.43,16, nº 13, col. 802.

¹⁸⁵⁹ *Dicaelogicae*, cit., Lib. I, Cap. CXXXVI, nº 24, pp. 486-487.

redintegranda (...) licet remedium dicti Canonis etiam colono, inquilino sive conductori competat)¹⁸⁶⁰.

Sem embargo, a obtenção da restituição da *res* esbulhada através do *officium iudicis*, pelo menos perante terceiros, mereceu alargado consenso¹⁸⁶¹: juristas como SICHARDO (“...*si extraneus vellet expellere inquilinum, habere officium iudicis, quod intentaret contra expulsorem*”)¹⁸⁶², WESENBECK (“... *officium iudicis, quod implorari potest ut restituat (...) sed etiam nudis detentoribus, ut colonis*”)¹⁸⁶³, ALTÚSIO (“*Item imploratio officii iudicis, ut fiat restitutio (...) sed etiam nudis detentoribus (...) nec exceptione proprietatis, nec reconventionis, elidi potest*”)¹⁸⁶⁴, MYNSINGER VON FRUNDECK (“... *colono (...) Ex aequitate tamen illi subvenitur officio iudicis, ut ius suae detentionis defendere ac tueri possit*”)¹⁸⁶⁵, SCHRADER (“...*licet inquilino, colono sive conductori pro recuperanda possessione tenuta vel quasi officio iudicis succuratur*”)¹⁸⁶⁶, FRIDERO MINDANO (“*Nisi quod iis, ex aequitate, Officio Iudicis, interdum subveniatur, ut Jus suae detentionis defendere ac tueri possint*”)¹⁸⁶⁷ e HENRIQUE BOCERO (que se apoiava na existência de uma opinião comum – “*Qualis vero actio competat conductori adversus tertium pro tuenda sua detentatione? Et communis est opinio quod concedatur officium iudicis*”)¹⁸⁶⁸ reconheciam que, desse modo, se poderia reagir contra a privação da coisa locada.

Note-se, ainda, que a *praxis* neerlandesa não desconheceu a protecção possessória do arrendatário, como decorre do que expunha JOOS DE DAMHOUDER (“... *colonus (...) licite poterit contra proprietarium intentare Complaintam*”)¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁰ *Consiliorum Sive Responsorum Juris, Volumen Secundum*, Typis Tobiae Steinemanni, Jenae, 1609, *Consilium* 48, n° 119, p. 739.

¹⁸⁶¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 118.

¹⁸⁶² Ressalvando-se que “*inquilinum de facto non posset resistere domino (...) sed possidet pro ipso domino*”: *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, Officina Paltheniana, Francofurti, 1598, ad C. 4,65,3, n° 2, p. 492.

¹⁸⁶³ *Paratitla in Pandectas Iuris Civilis*, Episcopius, Basileae, 1566, ad D. 43, 16, n° 13, p. 416.

¹⁸⁶⁴ *Iurisprudentiae Romanae Methodice Digestae Libri Duo*, editio altera correcta, Ex officina Christophori Corvini, Herbornae, 1592, *Lib. II, Cap. VI*, pp. 220-221.

¹⁸⁶⁵ *Apotelesma*, cit., ad I. 4,15,5, n° 12, p. 725.

¹⁸⁶⁶ *Consiliorum*, cit., *Consilium* 48, n° 118, p. 739.

¹⁸⁶⁷ *Commentarius Synopticus de Materia Possessionis, ad Titulum de Acquirenda vel Amittenda Possessione*, cit., *Cap. III*, n° 20 p. 23.

¹⁸⁶⁸ *Disputationum de Universo Quo Utimur Jure, Pars Prima*, Editio Tertia, Sumptibus Haeredum Lazarus Zetzneri, Argentorati, 1634, *Class. II, Disputatio IV*, n° 79, p. 218, após o que se citava o tratado de VALASCO sobre a enfiteuse.

¹⁸⁶⁹ *Praxis Rerum Civilium*, Apud Gasparem Bellerum, Antuerpiae, 1617, *Cap. XL*, n° 5, p. 87. Cf. DUARD KLEYN, *The Concept and the Protection of Possession*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert”, Duncker & Humblot, Berlim, 1992, pp. 562 (para uma primeira

1.2.3.3 – A extinção do contrato pelo locador

Também neste ponto, o precipitado dogmático que resultou do labor das escolas italianas encontrou pleno reflexo na literatura jurídica germânica e neerlandesa do período da Recepção. Ou seja, a extinção antecipada do contrato apenas era lícita nas situações para isso previamente previstas – como se verá, RITTERSHAUSEN e TREULER referiam-se à ocorrência de *justas causas*.

Assim o revelam obras como as de SICHARDO (“*Quod inquilinus non potest expelli domo conducta, durante tempore conductionis, nisi in quatuor casibus enumeratis in lege (...) Si ergo cum dominus vellet eum expellere, non posset certare de possessione, quam non habet, sed nuda detentationem: haberet tamen ille conductor modici temporis, expulsus per locatorem non quidem interdictum de vi, sed actionem ex conducto, per quam consequetur interesse suum*”)¹⁸⁷⁰, KLING (“... mercedem promissam, quam si conductor non solvit, potest expelli. Item expellitur, si dominus rem conductam propriis usibus necessariam probaverit. Tertio, si domum reficere voluerit. Quarto, si conductor male in re locata versetur. Extra illos casus conductor expelli non potest [C.4,65,3]”)¹⁸⁷¹, MYNSINGER VON FRUNDECK (“... ex aequo & bono certae causae exceptae intelliguntur, quibus eiici potest conductor [C.4,65,3]. Ut quia propriis usibus necessariam esse locator probaverit, aut ruituram domum instaurare voluerit, aut so conductor male in re versetur”)¹⁸⁷², SCHNEIDEWIN (“... ante finitum tempus conductionis, inquilinus de domo expelli non potest [C.4,65,3 & C.4,65,15] etiam si alius inquilinus vel colonus majorem pensionem offerat [C.4,65,21] nisi in quatuor casibus...”)¹⁸⁷³, JOHANNES BORCHOLTEN (“Locator itaque heredem conductoris expellere non potest, sicuti nec ipsum conductorem, nisi propriis usibus domum necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut conductor vel eius heres male in re locata versatus fuerit [C.4,65,3]”)¹⁸⁷⁴, RITTERSHAUSEN (“*Posse conductorem a locatore expelli quibusdam casibus, de quibus in [C.4,65,3] (...)*

aproximação sobre a *complainte* como meio de tutela possessória) e 565 (a propósito deste concreto contributo do importante praxista holandês).

¹⁸⁷⁰ *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C. 4,65,3, n° 2, p. 492.

¹⁸⁷¹ *Enarrationes*, cit., ad I. 3,24 (25), p. 292.

¹⁸⁷² *Apotelesma*, cit., ad I. 3,24 (24),5, p. 475, n°s 4 e 5.

¹⁸⁷³ *In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, cit., ad I. 3,24 (25),6, n° 9, col. 956.

¹⁸⁷⁴ *Commentaria in Quatuor Institutionum Iustiniani Imperatoribus Libros*, editio altera, priore emendatio, Imprensa impensis heredum Ludolphi Brandes Senioris, 1595, ad I. 3,24 (25), 6, p. 265.

*Quanquam si sine justa causa expellatur, ex conducto cum eo agere potest [C.4,65,15]”*¹⁸⁷⁵, HARPPRECHT (“... *demum conductorem licite expelli posse, si biennio continuo pensionem non solverit*”¹⁸⁷⁶; “*Locator igitur heredem conductoris ejicere aut expellere non potest, sicuti nec ipsum conductorem: nisi propriis usibus domum sive rem necessariam esse probaverit: vel corrigere & reficere domum maluerit: vel conductor, ejusve heres male in re locata versatus fuerit, [C.4,65,3]...*”¹⁸⁷⁷), BOCERO (“*Potest quandoque locator etiam ante exactum conductionis tempus conductorem cogere, ut rem restituatur: veluti, si inquilinus intra biennium mercedem non solvat: vel malem in rem locata versetur: aut locator ex causa, quae locationis tempore non apparebat, ipse domum, ut propriis usibus necessariam, inhabitare, vel eam necessario reficere velit*”)¹⁸⁷⁸, HERMANN VULTEJUS (“*Conductorem ante tempus constitutum expelli non posse certum est [C.4,65,3] (...) nisi pensiones non solverit, rem conductam recte non coluerit, dominus re sua non habuerit, eamve reficet voluerit*”)¹⁸⁷⁹, HIERONYMUS TREULER (“*Intempestive autem conductor expelli nequit, nisi justa subsit causa (...) justa autem causa censetur, si forte domum locator necesse habeat corrigere, aut conductor pensionem non solvat (...) aut si re conducta male utatur*”)¹⁸⁸⁰ ou BACHOVIO (“*Ait Treutler conductorem tribus ex causis expelli posse, si locator ipse domo opus habeat, si conductor pensionem non solvat, si re conducta male utatur (...) casus quartus, si locator domum reficere velit*”)¹⁸⁸¹.

Para GENIUS, Autores como SICHARDO, RITTERSHAUSEN ou JOÃO OLDENDORPIO (que afirmava que “*Qui fundum possidet iure colonario, non passim*

¹⁸⁷⁵ *Commentarius Novus in Quatuor Libros Institutionum Imperialium Divi Justiniani*, cit., ad I. 3,24,5, pp. 483-484.

¹⁸⁷⁶ *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius*, cit., ad I. 3,24 (25) pr., nº 74, p. 356.

¹⁸⁷⁷ *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius*, cit., ad I. 3,24 (25),6, nº 7, p. 418.

¹⁸⁷⁸ *Disputationum de Universo Quo Utimur Jure, Pars Prima*, cit., Class. II, Disputatio IV, nº 38, p. 210.

¹⁸⁷⁹ *Positiones de Locatione & Conductione*, Apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1588, Thesis XXVI-XXVII. Do mesmo jurisperito e Professor em Marburgo, *In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, Apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1598, ad I.3,24(25) pr., nº 32, p. 550: “*Ad quid si tempus praefixum nondum sit finitum, an licebit locatori conductorem ante illud dejicere? Regulariter quidem hoc ei non licebit (...) Sunt tamen causae speciales, ex quibus id conceditur*”.

¹⁸⁸⁰ *Selectarum Disputationum ad Jus Civile Justinianum Quinquaginta Libris Pandectarum Comprehensum, Volumen I*, Editio tertia, Imprimebat Paulus Egenolphus, Typogr. Academicus, Marpurgi, 1596, Disputatio XXIX, Thesis V, pp. 238-239.

¹⁸⁸¹ *Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, Volum. I, Apud Willhelmum et Francisc. Metternich Bibliop., Coloniae Agrippinae, 1688, Disputatio XXIX, Thesis V, Litera A, p. 541.

est restituendus, si expellatur per dominum...)¹⁸⁸² constituiriam uma corrente minoritária, ao pressuporem a expulsão injustificada, ainda que com obrigação de pagamento de indemnização: para a maioria dos juristas da época, a discricionariedade extintiva antes do termo do contrato estaria afastada, apenas sendo admitido o despejo quando os fundamentos normativos estivessem preenchidos e, em consequência, afastar-se-ia o direito romano¹⁸⁸³.

Creemos não ser possível acompanhar tal conclusão. Não encontramos em qualquer das obras citadas por GENIUS como pertencentes a uma corrente maioritária¹⁸⁸⁴ indícios que nos permitam vislumbrar incongruências com os textos justinianeus e com o entendimento medieval – que SICHARDO, RITTERSHAUSEN ou OLDENDORPIO se limitaram a explicitar. Afirmava-se (como haviam feito Glosadores e Comentadores) que a expulsão justificada se restringia aos casos referidos em C.4,65,3 e em D.19,2,54,1, mas nada mais do que isto. Em lado nenhum se encontra a defesa de que o despejo discricionário era ferido de ineficácia e que a sua sanção passava por algo diferente do pagamento do *id quod interest*¹⁸⁸⁵. Na verdade, um dos Autores elencados, BORCHOLTEN, admitia expressamente que o despejo fosse efectuado pelo próprio senhorio se não se pagasse a renda (“... *dominus fundi, qui*

¹⁸⁸² *Antinomiae de Diversis Regulis Iuris Antiqui, Nova Antinomialum Explicatio*, Apud Haeredes Christiani Egenolphi, Francofordiae, 1568, *Actio*, IX, p. 31.

¹⁸⁸³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 119-120.

¹⁸⁸⁴ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 120, nota 163. A essas análises poderíamos acrescentar, por exemplo, os trabalhos académicos de JOHANN HOCHMANN/HIERONYMUS VON ABENBERG, *Disputatio de Locatione et Conductione*, Excudebat Georgius Gruppenbachius, Tubingae, 1581, *Conclusio* 34 (“*Nonnunquam etiam ante finitum locationis tempus, inquilinus expelli potest a domo conducta: scilicet inopinata locatori causa necessitatis incidente, veluti cum ipse sua domo eget, aut ruituram instaurare vult. Item si conductor in praedio conducto male versatur, vel iusto tempo mercedem non solvit*”), FRIEDRICH HILDERICH VON VAREL/ JOHANNES WINSHEIM, *Theses de Locatione et Conductione*, cit., XI, pp. 3-4 (“*Nam nec hi ejici possunt nisi vel pensionem non solverint, vel de novo emergerit necessitas locator inhabitandi domum, vel eandem reficiendi, vel conductores in re conducta male versati fuerint*”), JOHANN MICHAEL CRONENBURGER/ PETER CORNELIUS CARANCK, *Theses Ex Tit. FF. C. et Inst. De Locatione et Conductione Desumptae*, Excudebat Petrus Keschidt, Coloniae Agrippinae, 1592, XXIV (“*Denique solvitur hic Contractus, si tempus locationi praefixum fuerit elapsum, permissum tamen Locatori certis casibus Conductorem ante tempus expellere, ut si propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere & reficere domum voluerit, aut conductor in re locata male versetur*”, citando-se, na nota b, C.4,65,3, BÁRTOLO, BALDO, BARTOLOMEU DE SALICETO e a opinião comum dos doutores) ou HEINRICH VON STABENAW/ JOHANNES VON PRAG, *Disputatio XVI. de Emptione, Venditione, Locatione, Conductione, et Emphyteusi*, Imprimebat Tobias Steinman, Ienae, 1599, XXVII (“*Tempori locationis nondum elapso conductor expelli nequit, nisi causa...*”).

¹⁸⁸⁵ Reconheça-se, aliás, que GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 122, admite não ser seguro que o locatário tivesse à sua disposição meios restitutorios contra o senhorio (“*Wenn, wie dargelegt, ist es nicht sicher, daß der Mieter restitutorische Rechtsmittel gegen der Vermieter zugestanden wurden*”).

*fundum suum alteri locavit, conductorem propriam autoritate expellere possit, ob non solutam mercedem”)*¹⁸⁸⁶.

Deste modo, uma expulsão ilícita apenas poderia ser contrariada mediante a *actio spoli* ou uma *imploratio* do *officium iudicis* (algo que, ainda assim – e como vimos¹⁸⁸⁷ –, não era totalmente aceite se o locador fosse o fautor da evicção), já que as vozes isoladas que se levantavam em prol da concessão da tutela possessória interdital ao arrendatário, como as de SCHNEIDEWIN (“*Quid si expulsus sit? An competit interdictum*”)¹⁸⁸⁸, pouco eco tiveram. Até FRIDERO MINDANO, que advogou a outorga de um *interdictum utile* a favor do *conductor*, afastava essa solução ante o senhorio: “*Qua in re, minus est dubii, si contra, non ipsum Domino sed tertium aliquem petat Colonus vel Inquilinus etc. Interdictum, secus si contra ipsum Dominum, tunc enim potius ordinariam illis, ad Interesse, seu de Pacto servando Actionem competere...*”¹⁸⁸⁹.

1.2.3.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a res

Também no espaço jurídico germânico e neerlandês se acolheram as regras do direito comum: o sucessor a título singular não podia ser constrangido a manter a detenção do arrendatário; se fosse antecipadamente despejado, este tinha o direito de instaurar contra o locador uma *actio conducti*, exigindo o pagamento de indemnização por não cumprimento.

Dos possíveis exemplos¹⁸⁹⁰ enumeram-se e citam-se os das análises a que procederam SICHARDO (“*Casus est facilis. Conduxisti a me fundum per biennium: Ego hodie vendo fundum: quaerebatur, an emtor posset postea te expellere, vel an cogetetur stare colono (...) Et respondet Imperator, quod non cogatur stare...*”; “*...inquillinus vel colonus, expulsus per emtorem, haberet actionem ex conducto adversus locatorem, qua potest agere ad poenam, vel interesse. Ita expresse dicit [D.19,2,25,1]*”)¹⁸⁹¹, WESENBECK (“*...actio locati, & conducti (...) in haeredem*

¹⁸⁸⁶ *Consilia Sive Responsa Iuris*, Typis Iacobi Lucii, impensis heredum Ludouici Brandes, Helmaestadii, 1600, *Consilium Primum, Tertia Quaestio*, pp. 11-12.

¹⁸⁸⁷ *Supra*, II.1.2.3.2.

¹⁸⁸⁸ *In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, cit., ad I. 3,24 (25),6, nota *d* ao nº 9, col. 957.

¹⁸⁸⁹ *Commentarii Theorico-Practici de Interdictis*, cit., *Commentarius XVI*, nº 45-46, p. 269.

¹⁸⁹⁰ Com largo desenvolvimento, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 124-125.

¹⁸⁹¹ *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C. 4,65,9, nº 6, p. 501.

*transitoria (...) non etiam in singularem successorem*¹⁸⁹²), BORCHOLTEN (“*Sane emptor qui domum ad certum tempus alicui locatam emit, conductorem potest expellere [D.19,2,25,1; D.7,1,59,1; C.4.65,9] (...) Expulso autem conductor procul dubium regressum habet contra locatorem, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, in id quod interest, quod ei domo frui non licuit...*”)¹⁸⁹³, HARPPRECHT (“*Sane emptor rei locatae, aut quisvis alius successor singularis, praecise locationi ab alio factae, stare non tenetur: sed conductorem expellere poterit (...) Caeterum venditor sive dominus, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, tenetur conductori ex conducto in id, quod interest*”)¹⁸⁹⁴, VULTEJUS (“... emptor nin cogitur stare contractui alieno, id est, locationi ab alio factae. Verum venditor tenetur conductori ex conducto in id quod interest”)¹⁸⁹⁵, JUSTUS MEIER (“... causae actio ex quibus conducti actio nascitur (...) II Post perfectam conductionem nascitur (...) 5. Si locator rem locatam vendidit, neque cavet quominus conductor uti frui prohibetur (...) cavet autem si ita vendidit, ne emptor conductorem ante tempus expellat...”)¹⁸⁹⁶, MATTHIAS BERLICH (“...si locator ante finitum tempus locationis fundum locatum vendit, tunc emptor locationi a venditore factae stare etiam non tenetur, sed emptio praefertur locationim secundum tritum proverbium: Kauff geht vor Miethe (...) Tenetur autem hoc in casu locator, qui ante finitam locationem fundum locatum vendit, conductori ad interesse lucri, quo sis ex re conducta, si ea ad finem locationis usque uti licuisset, percipere potuisset”)¹⁸⁹⁷ ou BACHOVIO (“...successorem particularem locationem stare non teneri (...) emptorem, quis cum conductore nihil contraxit, nin tenere servare contractum competente saltem conductorem expulso actione ad interesse”)¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹² *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, cit., ad D.19,2, n° 13, col. 464.

¹⁸⁹³ *Commentaria in Quatuor Institutionum Iustiniani Imperatoribus Libros*, cit., ad I. 3,24 (25), 6, pp. 265-266.

¹⁸⁹⁴ *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius*, cit., ad I. 3,24 (25),6, n° 7, n°s 8 e 9, p. 418.

¹⁸⁹⁵ *In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, cit., ad I.3,25(24) pr., n° 37, p. 551.

¹⁸⁹⁶ *Collegium Iuridicum Argentoratense, Sumptibus Lazari Zetzneri, Argentorati, 1616*, ad D. 19,2, n° 28, pp. 910-911.

¹⁸⁹⁷ *Conclusiones Practicabiles, Pars Secunda*, Sumptibus Hermanni Demen, Francofurti & Coloniae, 1693, *Conclusio XLV*, n°s 13 e 14, p. 263.

¹⁸⁹⁸ *Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, cit., *Disputatio XXIX, Thesis VIII, Litera A*, p. 544.

Aos *pacta* pelos quais o comprador se obrigava a manter a detenção do arrendatário após a venda (D.19,2,25,1 e C.4,65,9) não foi reconhecida, em regra, eficácia a favor de terceiro¹⁸⁹⁹.

Na verdade, SICHARDO negava-lhes expressamente tal efeito, dada a relatividade do acordo, pelo que era o locador/vendedor quem poderia intentar a *actio venditi* contra o adquirente pelo não cumprimento do que se convencionara: “... *venditor & locator habebit actionem ex vendito informatam pacto contra emptorem (...)* *pactum factum inter venditorem & emptorem non potest egredi illas personas*”¹⁹⁰⁰. Por seu turno, VULTEJUS também apontava como consequência da violação do pacto a responsabilidade *ex vendito* do comprador: “*Hoc procedit nisi venditor habitationem exceperit, ut inquilino habitare liceat, vel colono uti frui liceat: quo casu actio ex vendito datur adversus emptorem, si emptor secundum fidem pacti inquilinum habitare, aut colonum re frui, pati nolit...*”¹⁹⁰¹.

Ainda assim, não foram inexistentes construções que tentassem, com fundamento nos mencionados pactos, uma responsabilização directa do sucessor a título singular perante o arrendatário.

Um Autor coevo, BORCHOLTEN, propôs precisamente esse resultado, mediante uma ficção de que no *pactum* celebrado entre o comprador e o vendedor estavam presentes os pressupostos de D.49,14,50 (fragmento segundo o qual, na venda de bens do Fisco, o adquirente tinha o direito de perceber as rendas do ano corrente e o locatário mantinha o direito de uso do prédio): “*Nisi venditioni ea lex fuit opposita, ut emptor locationem, a venditore factam servaret (...)* *quae pactio semper intervenisse fingitur, fisco vendente fundum, alii locatum*”¹⁹⁰². Observou-se que do mesmo expediente viria a lançar mão o jurisconsulto seiscentista francês JEAN D’AVEZAN¹⁹⁰³.

Se a transmissão do direito do locador dependesse da entrega da *res*, mas o arrendatário a impedisse, considerava-se que ocorrera uma *interversio possessionis* a seu favor, o que lhe facultava o exercício do *interdictum unde vi* contra uma eventual tentativa de expulsão pelo comprador (D.43,16,12 e -43,16,18 pr.). Claro era que, por

¹⁸⁹⁹ Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 126.

¹⁹⁰⁰ *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C. 4,65,9, n° 18, pp. 502-503.

¹⁹⁰¹ *In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, cit., ad I.3,25(24), n° 37, p. 551.

¹⁹⁰² BORCHOLTEN, *Commentaria in Quatuor Institutionum Iustiniani Imperatoribus Libros*, cit., ad I. 3,24 (25), 6, p. 265.

¹⁹⁰³ *Supra*, II.1.2.1.4.

sua banda, o senhorio podia reagir através dos meios possessórios contra esse esbulho de posse perpetrado pelo *conductor*¹⁹⁰⁴.

Nesse exacto sentido escreveu FRIDERO MINDANO: “*Quid si Locator Fundum vendiderit, Colonus vero Emptorem, qui in vacuam Possessionem ire jussus erat, non admiserit, vel hunc ille vi expullerit, cui & adversus quem Interdictum competat, quaestiones fuit? Et eam acutissimus Papinianus nervose exponit in [D.43,16,18 pr.] & decidit, Colonus Interdicto Venditore teneri: Emptori quoque qui postea vim adhibuerit, & ipsum Colono teneri*”¹⁹⁰⁵. Vejam-se ainda, MEIER, que destacava a natureza ilícita de um eventual mandato dirigido pelo vendedor ao comprador para proceder ao despejo (“*Unde Colonus quoque habebit interdictum, postquam possessionem locatoris intervertit, & suo nomine possidere coepit (...) si locatorem ipsum, vel alius ipsius nomine velut emptorem fundi conducti non admisit [D.43,16,12 e -43,16,18 pr.]. Itaque si postea emptor (etiamsi voluntate venditoris) colonum dejecerit, hoc interdicto colono tenetur, quia mandatum illicitum suscepit (...) An & venditorem Colonus interdicto convenire potest? (...) neque obstaret, quod ab ipso venditore per vim fundum possedit...*”)¹⁹⁰⁶ ou BACHOVIO, que também chamava a atenção para o facto de o *emptor* não ter chegado a tornar-se possuidor e de a sua não admissão equivaler a esbulhar da posse o próprio senhorio (“[D.43,16,12 e -43,16,18 pr.] *ubi colonus qui non admisit emptorem, cui locator rem vendiderat, tenetur interdicto, locatori, & colono ipsi tenetur emptor, qui dejecit colonum (...) colonus violenter possideat non ab emptore, qui nondum possessor fuit, sed a locatore, quem, dum non admittit emptorem, possessione dejecisse videtur*”)¹⁹⁰⁷.

O arrendatário podia recusar a restituição do prédio se ocorresse a *iusta et probabilis causa* prevista na parte final de D.43,16,12. A doutrina da época identificava-a com a realização de despesas com a conservação da *res* e ainda não ressarcidas¹⁹⁰⁸. Leiam-se, desta feita, o que escreveram, e.g., ZÁSIO (“... *iustam & rationabilem causam esse non reddendi depositum vel commodatum, si impensum est in rem commodatam vel depositam: su sumptos facti sunt ad quae non tenebatur*

¹⁹⁰⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 125.

¹⁹⁰⁵ *Commentarii Theorico-Practici de Interdictis*, cit., *Commentarius XVI*, nº 50, p. 270.

¹⁹⁰⁶ MEIER, *Collegium Argentoratense, Tomus Tertius*, cit., ad D.43,16, nº 9, p. 76.

¹⁹⁰⁷ BACHOVIO, *Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, Volum. II, *Pars Posterior*, Apud Willhelmum et Francisc. Metternich Bibliopp., Coloniae Agrippinae, 1688 *Disputatio XXV, Thesis V, Litera C*, p. 336.

¹⁹⁰⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 121 e 125.

commodatarius. est bonnus textus in [D.43,16,12]...)¹⁹⁰⁹, SICHARDO (“... *inquilinum nec posse, nec debere in dicto casu resistere, nisi habeat causam iustam. Sunt autem iustae causae, propter quas posset resistere emtori, si expensas fecisset in rem conducta (...)* Et sic loquuntur [D.41,2,20 e D.43,16,12] *scilicet quod inquilinus iuste resistat expulsori quando subest iusta causa*”)¹⁹¹⁰, SCHRADER (“... *si conductor aliquas impensas utiles in rem conductam fecit: Quia poterit conductor donec ipsi hae impensae restituantur etiam singulari successori impune denegare rei conductae restitutionem [D.43,16,12 in fin.]*”)¹⁹¹¹, ANDREAS GAILL (“...*si vero sine vitio, tunc si subsit causa retinendae rei cohaerens, retineri potest: puta propter expensas in re factas (...)* per textus in [D.43,16,12]...”)¹⁹¹² ou ALTÚSIO (“*Propter expensas & sumptus in rei retentae utilitatem, conservationem & necessitatem factos, jus retinendi competit (...)* conductor, pro expensis factis in reparatione domus, aut habitationis”)¹⁹¹³.

Não obstante as já tradicionais controvérsias sobre os seus exactos pressupostos e alcance, obteve vasta aceitação a teoria bartolista da oponibilidade do direito do arrendatário ao sucessor a título singular por efeito da constituição de uma garantia real, o que impediria o último de proceder à expulsão antecipada¹⁹¹⁴.

Após indicar a regra *Kauf bricht Miete*, MATTHIAS COLER apresentava como desvio a existência de uma hipoteca sobre a coisa locada que garantisse a posição do arrendatário: “*Kauff gehet vor Miethe nisi forte conductor una cum titulo conductionis in re conducta etiam jus hypothecae simul habeat*”¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁹ *Operum, Tomus Tertius. Commentaria seu Lecturas Eiusdem in Titulos Tertiae Partis Pandectarum (Quod Vulgo Digestum Novum Vocant)*, Apud Sebastianum Gryphium, Lugduni, 1550, ad D.41,2,20, nº 6, col. 343.

¹⁹¹⁰ *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C.4,65,9, nº 20, p. 503. O Autor afirmava, logo de seguida, que o arrendatário que resistisse sem justa causa cometia uma injúria e, portanto, o proprietário ou o comprador poderiam contra ele intentar uma *actio iniuriarum*: “*Si autem nulla iusta causa subesset, tum faceret iniuriam domino vel emtori expellenti, si resisteret (...)* Et ideo talis resistens posset conveniri actione iniuriarum”.

¹⁹¹¹ LUDOLPH SCHRADER, *Commentarius de Contractibus, Naturam Omnem Rationemque Eorum Tam ad Forensem Quam Scholasticum Usus Luculenter*, Cura et sumtibus Henningi Grossi, Lipsiae, 1605, ad I.3,25(24), nº 73, p. 378.

¹⁹¹² *Practicarum Observationum, Tam Ad Processum Iudicarium Praesertim Imperialis Camerae*, editio postrema, Apud Antonium Hierat, Coloniae Agrippinae, 1616, Lib. II, *Observatio XII*, nº 5, pp. 299-300.

¹⁹¹³ *Dicaelologicae*, cit., Lib. II, Cap. XVII, nºs 14 e 16, p. 578.

¹⁹¹⁴ Sobre o que se segue, FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethe brechen?*, cit., p. 79, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 127.

¹⁹¹⁵ *Decisiones Germaniae*, editio quarta, Impensis Gotofredi Grossii, Lipsiae, 1631, *Decisio VIII*, nºs 17 e 18, p. 22

SCHRADER defendia que, se a *res* fosse especialmente obrigada, o *conductor* obtinha um direito real e o sucessor ficava vinculado à locação: “... *vel specialiter res locata obligata est, vel similem, per quam conductor jus reale in re conducta consequitur, etiam emptor vel alius singularis successor ratum habere cogitur*”, invocando-se BÁRTOLO, BALDO e ALEXANDRE TARTAGNA¹⁹¹⁶.

Para BORCHOLTEN, tanto a hipoteca geral como a especial não permitiam o despejo antes do final do prazo contratual, pois o arrendatário adquirira um direito real: “*Vel etiam, nisi conductori domus specialiter, aut generaliter fuit obligata. Tunc conductor habet, ius in re, nec ab emptore ante finitum conductionis tempus expelli potest*”¹⁹¹⁷. Em sentido idêntico foi a exposição dos direitos comum e saxónico devida a BERLICH, presente nas suas conhecidas *Conclusiones Practicabiles* (“*Vel locator conductori pro observatione contractus hypotecavit omnia sua bona, tunc enim conductor, cum habeat jus in re, non potest expelli per emptorem*”)¹⁹¹⁸.

De acordo com outros Autores, contudo, a proibição de expulsão estava dependente da concatenação entre a garantia real e a celebração de um pacto de *non alienando*.

Segundo SCHNEIDEWIN, se o senhorio promettesse, no documento que formalizou a locação, não alienar a *res* e tal obrigação fosse garantida através de uma hipoteca geral, o “*jus hypothecae*” seguiria o direito do sucessor – que, desse modo, não poderia despejar antecipadamente o arrendatário (“...*videlicet, ut super hoc contractu conficiatur instrumentum, in quo locatore promittat se alii non venditurum sub obligatione omne bonorum, praesertim autem illius domus locatae. Nam tunc propter jus hypothecae in re conducta constitutum, quod as quemcunque successorem transit, non poterit conductor ante praefinitum tempus expelli, etiam ab emptore*”)¹⁹¹⁹. Como se mostra evidente, a falta do *pactum de non alienando* já permitiria o despejo após o pagamento do *id quod interest*.

Perante a questão “*Sejus Sempronio locat praedium suum N. in anos quatuor, & promisit sub obligatione bonorum suorum nullum contractum se in praejudicium locationis initurum. Postea vendit dictum praedium Maevio. Quaeritur an Maevius emptor Sempronium conductorem ante finitum tempus conductionis expellere possit?*”

¹⁹¹⁶ *Commentarius de Contractibus, ad I.3,25(24)*, nº 71, pp. 376-377.

¹⁹¹⁷ BORCHOLTEN, *Commentaria in Quatuor Institutionum Iustiniani Imperatoribus Libros*, cit., ad I. 3,24 (25), 6, p. 265.

¹⁹¹⁸ *Conclusiones Practicabiles, Pars Secunda*, cit., *Conclusio XLV*, nº 18, p. 263.

¹⁹¹⁹ *In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, cit., ad I.3,24 (25),6, nº 4, col. 956.

(“*Seius deu em locação a Sempronius por quatro anos o seu prédio rústico N. e prometeu, sob obrigação dos seus bens, que não celebraria nenhum contrato que prejudicasse a locação. Posteriormente, vendeu o dito prédio a Maevius. É perguntado: pode o comprador Maevius expulsar o locatário Sempronius antes de decorrido o prazo da locação?*”), NIKOLAUS VIGEL também respondia que, em regra, o comprador podia expulsar o arrendatário, mas excepcionava a hipótese de o pacto celebrado com o último ter sido acompanhado do penhor da coisa arrendada – logo, na hipótese *sub iudice*, o comprador não poderia despejar (“*Maevius emptor intentionem fundatam habet in jure, quo vendito praedio emptor conductorem expellere potest (...) Cujus exceptio est, nisi conductor pactus sit pignori bona conducta (...) Itaque contra Maevium emptorem censeo responderetur*”)¹⁹²⁰.

Mas, tal como BARTOLOMEU DE SALICETO na Idade Média e vários representantes do *Mos Italicus*, Autores houve para quem a garantia real apenas permitia ao locatário a retenção da *res* até ao eventual pagamento do *id quod interest*. Isto é, o arrendatário não podia opor o contrato ao sucessor a título singular se lhe fosse paga a indemnização pelo não cumprimento da obrigação de proporcionar o gozo.

Assim se pronunciou SICHARDO: “...*fallit* [a regra da inoponibilidade da locação ao sucessor] *si conductori (...) haberet ius pignoris in re. Nam ille non cogeret egredi ante finitum tempus conductionis, utcunque instaret emptor (...)*”; “...*in conductione potest sic dicere: (...) tu locator obliges omnia tua bona ad observantiam contractus (...) Quo casu (...) Ideo volo istam rem mihi locatam retinere iure pignoris, donec tempus meum finiatur, aut mihi solvatur interesse...*” (“... não se aplica se o locatário (...) tiver um direito de penhor sobre a coisa. Assim, não pode ser obrigado a sair antes do final do prazo da locação, apesar de para isso ter sido instado pelo comprador...”; “Pode dizer-se o seguinte na locação: (...) tu locator obrigas todos os teus bens à observância do contrato (...) Neste caso (...) [q]uero reter, a título de direito de penhor, a coisa que me foi locada até terminar o prazo ou me ser pago o meu interesse”)¹⁹²¹.

BACHOVIO endossou a mesma perspectiva (“... *si locator conductori omnia bona vel in specie rem locatam pro observatione contractus oppignoraverit, conductor*

¹⁹²⁰ VIGEL, *Responsorum Iuris, Centuriae Quatuor*, editio postrema, Ex officina Johannis Jacobis, Arnhemii, 1656, *Centuria III, Responsum CXIV*, pp. 373-374.

¹⁹²¹ *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C. 4,65,9, n.ºs 11 e 12, p. 502.

rem retinere possit, donec quod interest ipsi praestetur...)¹⁹²², uma vez que a garantia real não alterava o contrato de locação nem o tornava mais firme para o arrendatário (“*quoniam obligatio pignoris contractum locationis nec mutat nec facit firmiorem*”)¹⁹²³.

1.2.3.5 – A *locatio ad longum tempus*

A aceitação de uma locação por longo tempo como contrato gerador de efeitos reais não concitou consenso entre a doutrina da época, assim se mostrando que a Recepção do direito romano esteve imbuída numa tensão dialéctica entre a tradição dos Comentadores e o pensamento humanista¹⁹²⁴.

A figura da *locatio ad longum tempus* foi acolhida na obra de ZÁSIO – que aceitava, apesar do ideário humanista de que foi um dos representantes¹⁹²⁵, a existência de um direito real limitado a favor do arrendatário por longo tempo (“*eos qui habent ius in re aliena (...) coloni ad longum tempus colendi in fundo alterius, ius habent*”)¹⁹²⁶. O purismo exegético ainda não atingira a afinação que viria a marcar as críticas de CONNANO e AIRES PINHEL¹⁹²⁷.

SICHARDO distinguia entre o arrendatário por tempo módico (o que arrendara por um, dois ou três anos) e por longo tempo (o que tomara em locação por dez anos); ao contrário do segundo, o arrendatário por tempo módico não tinha um direito real e não possuía: “*Putarem ego distinguendum inter conductorem modici temporis: ut 1. 2. oder 3 Jahr./ & longi temporis zehen Jahr/ita, ut conductor modici temporis non posset de facto resistere expellenti domino, longi autem temporis conductor posset. Diversitatis autem ratio est, quia longi temporis conductor habet quoddam ius in re (...) Modici autem temporis conductor nullum penitus habet ius in re, nec ullo modo possidet, sed possidet pro ipso domino*”)¹⁹²⁸. A *locatio ad longum tempus* transferia a favor do arrendatário o domínio útil do prédio e, por isso, era considerada uma *alienatio*, sujeita às proibições da prática de actos alienação (“*Ex quo inferendum est,*

¹⁹²² BACHOVIO, *Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, I, cit., *Disputatio XXIX, Thesis VIII, Litera A*, p. 544.

¹⁹²³ BACHOVIO, *Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, I, cit., *Disputatio XXIX, Thesis VIII, Litera A*, p. 544.

¹⁹²⁴ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 122-123 e 128. Ver, ainda, GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 200.

¹⁹²⁵ Cf., por exemplo, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 356.

¹⁹²⁶ ZÁSIO, *Operum, Tomus Tertius. Commentaria seu Lecturas Eiusdem in Titulos Tertiae Partis Pandectarum (Quod Vulgo Digestum Novum Vocant)*, cit., ad D.41,2,63, nº 27, col. 534.

¹⁹²⁷ Cf., *supra*, II.1.2.1.5.

¹⁹²⁸ *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C.4,65,3, nº 2, p. 492.

quod alienatione prohibita locatio ad longum tempus, id est, ad decem anos: quia longa locatio parit quodammodo conductori utile dominium)¹⁹²⁹, conclusão partilhada por OLDENDORPIO (*“Locatio in longum aut longissimum tempus dicitur alienatio; quoniam datius in re. Alioqui is, qui locat, non censetur alienare”*): a locação por longo ou por longuíssimo tempo é dita alienação; mas, fora desse circunstancialismo, entende-se que quem concede em locação não aliena)¹⁹³⁰.

Retirando as conclusões que se impunham do que comentara a propósito de C.4,65,3, SICHARDO limitava o âmbito de aplicação de C.4,65,9 à *locatio ad modicum tempus*; se fosse celebrada *ad longum tempus*, o contrato conferiria ao arrendatário uma tutela *ad rem* por acção e por excepção, também perante o sucessor a título singular: “... *procedit lex nostra [C.4,65,9] in conductore ad modici temporis. Si autem quis conduxisset ad multum tempus, certe ille ab emptore non posset expelli (...) colonus magni temporis habet ius in re, ut sunt emphyteuta: item, qui conducunt ad decem vel plures annos. Nam hi si caderent a possessione, possent utile rei vindication agere ad recuperationem rei, quia habent ius in re, sicut domini utiles, ut [D.6,3] Si autem habent actionem, quanti magis debent habere exceptionem, id est, ut se defendant ab emptore, [D.43,18,1,3]*”¹⁹³¹.

SCHRADER referia que a *locatio* era “*duplex*”, podendo ser “*simplex*” (a celebrada por menos de dez anos e que não transferia o domínio útil nem a posse) ou “*ad longum tempus*” (a concluída por dez ou mais anos e que tornava o arrendatário titular daquele domínio e possuidor natural): “*Locatio duplex est, alia est locatio simplex, alia ad longum tempus. Locatio ad longum tempus illa dicitur, quando quis ad decennium vel majus tempus alteri rem aliqua locat (...) Locatio autem simplex illa dicitur, quae ad minus decennio tempus facta est (...) Et hae species locationis plurimum inter se differunt; Namque per locationem simplicem in conductorem non transfertur neque dominium, [D.19,2,39] neque possessio rei locatae (...) Per locationem autem ad longum tempus conductor utile dominium [D.6,3] & ibi glossa & naturalem possessionem consequitur...*”¹⁹³². O Professor de Frankfurt excepcionava da regra presente em C.4,65,9 a *locatio ad longum tempus* e, portanto, o sucessor a título

¹⁹²⁹ SICHARDO, *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C.4,51, n° 7, p. 473.

¹⁹³⁰ *Actionum Forensium Progymnasmata*, cit., *Classis quartae, de actionibus ex contractibus, & quasi contractibus, nominatis & innominatis, Actio Nona (De Actionibus Locati et Conducti), Singularia Quaedam in Locatione & Conductione*, V, p. 358.

¹⁹³¹ SICHARDO, *Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, cit., ad C.4,65,9, n° 8, p. 501.

¹⁹³² SCHRADER, *Commentarius de Contractibus, ad I.,3,25(24)*, n°s 66 e 67, p. 375.

singular era obrigado a manter o arrendatário: “... *fallit (...) a quolibet ad longum tempus conduxit (...) sucessor singularis locationem factam ratam habere cogitur*”¹⁹³³.

Em sentido idêntico pode ser citado FRIDERO MINDANO: o vulgar *conductor* não possuía em nome próprio, mas entendia-se que o locatário por longo tempo era um verdadeiro e próprio possuidor (“... *Conductor vulgaris, sibi non possideat: tamen si tractatur de Possessione Conductoris ad longum tempus, vere atque proprie possidere censetur...*”)¹⁹³⁴ e, por isso, não lhe era aplicável a solução de C.4,65,9: “... *simplices Detentatores, uti Colonos, Inquilinus, Conductor, &c. tenentur cedere emptori, non obstante, quod tempus Locationis, necdum sit finitum, [C.4,65,9; D.19,2,15 pr.] aliud autem est in veris Possessoribus, etiam iis, qui ad longum tempus rem conduxerunt (...) Conductor enim ad longum tempus non pro simplici Detentatore, sed vero Possessore habetur...*”¹⁹³⁵.

Para BORCHOLTEN, a locação por dez anos era uma alienação, produzindo efeitos reais: “... *Locatio, & conductio, quae sit ad decem anos alienatio (...) ut huiusmodi locatio, & conduction non censeatur personalis, sed realis*”¹⁹³⁶. Em consequência, o locatário não podia ser expulso impunemente (“*Per huiusmodi enim locationem ius aliquod in re locata constituitur, ita ut colonus non possit impune expelli*”)¹⁹³⁷.

BERLICH partia do pressuposto de que o direito do *conductor ad longum tempus* era oponível *erga omnes* e, desse modo, o sucessor singular não o podia despejar: “... *emptor seu singularis successor conductorem expellere non potest, puta, si quis conduxit ad longum tempus*”¹⁹³⁸.

Em contraponto, um considerável número de opiniões revelou-se contrário ao instituto medieval, num eco da exegese das fontes romanas efectuada pela Escola Culta, tendência que se ilustrará com recurso a excertos de obras de vários Autores da época e que desde logo se encontra no comentário ao Digesto da autoria de WESENBECK, contemporâneo do auge do Humanismo jurídico francês.

¹⁹³³ SCHRADER, *Commentarius de Contractibus*, ad I,3,25(24), nº 73, p. 378.

¹⁹³⁴ FRIDERO MINDANO, *Commentarius Synopticus de Materia Possessionis, ad Titulum de Acquirenda vel Amittenda Possessione*, cit., Cap. III, nº 20, p. 23.

¹⁹³⁵ FRIDERO MINDANO, *Commentarius Synopticus de Materia Possessionis, ad Titulum de Acquirenda vel Amittenda Possessione*, cit., Cap. IX, nº 10, p. 63.

¹⁹³⁶ BORCHOLTEN, *Consilia Sive Responsa Iuris*, cit., *Consilium Septimum*, p. 86: No mesmo sentido, *Consilium Decimumquintum*, p. 270.

¹⁹³⁷ BORCHOLTEN, *Consilia Sive Responsa Iuris*, cit., *Consilium Decimumquintum*, p. 270.

¹⁹³⁸ *Conclusiones Practicabiles, Pars Secunda*, cit., *Conclusio XLV*, nº 15, p. 263.

O jurista flamengo assinalava que a locação celebrada por mais de dez anos (ou, segundo alguns, por período superior a cinco anos) alterava usualmente o *nomen contractus* para enfiteuse, *libellum* ou censo (“*Potest autem locatio fieri vel in Perpetuum, vel ad Tempus, [D.6,1-2] sed ubi ultra decennium, vel (quidam volunt) quinquennium, sit locatio, transire solet in aliud contractus nomen (...) ut Emphyteusin, libellum, censum, &c.*”)¹⁹³⁹, algo que era negado por si, contra a opinião comum e louvando-se em CONNANO: a natureza da locação (incluindo a decenal) não permitia a transferência do domínio útil, efeito que apenas podia ser operado se fossem convencionadas a enfiteuse, a locação pública ou a constituição da superfície (“*Nam de communi nostrorum sententia, ex locatione decennali, aut longiore, semper utile dominium transfertur (...) quod Connanus improbat (...) cum locationis ea natura sit, ut nihil iuris de dominio transferatur (...) quare secundum hanc contractus naturam, contractum intelligi debet (...) nisi fuerit aliud conventum: ut in emphyteusi (...) & publicis locationibus convenire solet (...) item cum superficies locatur ad in aedificandum...*”)¹⁹⁴⁰.

Mas a persistência dos ensinamentos da corrente bartolista na vida prática estava pantenteada nos *consilia* de WESENBECK através da invocação da *locatio ad longum tempus* como contrato que originava a favor do *conductor* um direito real durante o prazo convencionado: “*Nam quod dicitur colonum longi temporis habere ius in re (...) illud ius quod habet colonus longo tempore, tantum durat, quod ipsum tempus, post illud effluxum tollitur et cessat*”¹⁹⁴¹. Do mesmo modo, justificava-se a necessidade de intervenção do tutor quando um menor celebrasse uma locação por longo tempo, pois esta constituiria uma alienação que transferia o domínio útil (“*Nam etiam per locationem ad longi temporis alienatio sit, quoniam utile dominium transit (...) Esta utem hic locatio in longum tempus facta, etiamsi de novem tantum annis facta sit (...) ideo non potuit fieri, nisi intervenientibus necessariis requisitis in alienatione minorum, quae etiam, ubi utile duntaxat dominium transfertur, sunt necessaria*”)¹⁹⁴². Como sói dizer-se, na prática a teoria era outra.

¹⁹³⁹ WESENBECK, *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, cit., ad D.19,2, n° 8, col. 463.

¹⁹⁴⁰ WESENBECK, *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, cit., ad D.19,2, n° 8, col. 463.

¹⁹⁴¹ MATTHAEUS WESENBECK, *Responsorum Iuris, Quae Vulgo Consilia Iuris Appellantur, Pars II*, Ex officina Typographica Sigismundi Latomi, Francofurti, 1600, *Consilium LXII*, n° 19, p. 109.

¹⁹⁴² MATTHAEUS WESENBECK, *Tractatus et Responsa, Quae Vulgo Consilia Iuris Appellantur*, Apud Eusebium Episcopium, et Nicolai fratris haeredes, Basileae, 1584, *Consilium III*, n° 62, col. 172.

Concordando com CONNANO, HUBERT VAN GIFFEN recusava que a locação pudesse assumir as características da enfiteuse: “*Locatio autem ad tempus sit vel in perpetuum, & putant ultra decennium vel quinquennium non esse amplius locationem, sed transire eam in aliud contractus nomen, ut emphyteusin, id quod Conanus putat falsum esse, & recte...*”¹⁹⁴³.

Idêntico ao de VAN GIFFEN foi o repúdio do expediente medievo por VULTEJUS (“... *puta in annos decem, ut non credam, quod nonnulli crediderunt, locationem ultra quinquennium factam in aliud genus contractus transire, & jus emphyteuticarium constituere...*”)¹⁹⁴⁴ e, ainda, MATTHIAS STEPHANI (“...*locationem, cum illa ultra quinquennium sive longum tempus extenditur, non transire in aliud genus contractuum, veluti emphyteusi; quam sententiam recte etiam probant alii D.d Connanus (...) Wesenbecius*”)¹⁹⁴⁵, pois não era o tempo que constituía a enfiteuse, mas o acordo das partes: “*Non enim tempus facit Emphyteusin, sed conventio...*”¹⁹⁴⁶.

Acrescente-se que, ao comentar as Instituições de Justiniano, VULTEJUS criticava a própria distinção entre domínio directo e domínio útil – que, na sua opinião, era incompatível com a jurisprudência genuína e não passava de uma emanção do rebotalho deixado pelos séculos que àquela haviam sucedido (“... *distinctio illa domini directi & utilis jurisprudentiae sinceriori non est consentanea, sed promanavit illa ex fecibus posteriorum seculorum*”)¹⁹⁴⁷.

JOHANN GÖDDE dava razão a quem, como CONNANO, AIRES PINHEL ou CUJÁCIO (Autores que citava), se afastava da opinião comum dos Doutores e recusava que, quando celebrada por mais de dez anos, a *locatio* pudesse assumir a forma de outro contrato, *maxime* a enfiteuse: “*Et licet communiter DD. placuerit, ultra decennium, vel ut quidam volunt quinquennium, factam locationem in aliud genus contractus transire, ut emphyteusin, libellum vel censum, &c. tamen ad hac sententia recte a quibusdam*

¹⁹⁴³ *Antonomiarum Juris Civilis Libri IV*, Sumpst. Joan. Davidis Zunneri, Typis Pauli Hummi, Francofurti, 1666, Lib. IV, *Disputationes XL*, Thesis 16, p. 187.

¹⁹⁴⁴ VULTEJUS, *In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, ad I.3,25(24) pr., nº 30, p. 550.

¹⁹⁴⁵ *Commentarius in Novellas Constitutiones Iustiniani Imperatoris*, Typis haeredum Johannis Albini, Impensis Michaëlis Koep, Gryphiswaldi, 1630, ad N.120, nº 3, p. 679.

¹⁹⁴⁶ STEPHANI, *Commentarius in Novellas Constitutiones Iustiniani Imperatoris*, cit., ad N.120, nº 3, p. 679.

¹⁹⁴⁷ *In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, ad I.2,1 pr., nº 24, p. 161. Sobre o ponto, GROSSI, *La Categoria del Dominio Utile e Gli Homines Novi del Quadrivio Cinquecentesco*, cit., p. 251 (que nota o uso do insulto, não infrequente na crítica culta), e também destacando a filiação humanista de VULTEJUS, PETER GARNSEY, *Thinking About Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 201.

recessum est”¹⁹⁴⁸. Mais uma vez, porém, as vagas humanistas dispersavam-se ao bater no sólido rochedo da doutrina longamente firmada no *ius commune*. Na sua actividade prática (mais concretamente, e certamente não por coincidência, num *consilium*), GÖDDE já defendia que, tal como a enfiteuse, a *locatio ad longum tempus* transmitia ao locatário o domínio útil: “*Quod autem locatio conductio ad vitam alicujus facta censetur ad longum, imo longissimum tempus facta & utile Dominium in conductore transfere plane idem, quale Emphyteuta habet*”¹⁹⁴⁹.

Na senda de CONNANO, ALTÚSIO repudiava qualquer transferência da propriedade através da locação por longo tempo, que apenas conferia ao locatário o direito de uso e de fruição da *res*: “*Haec [ad longum tempus locatio] nihil de proprietate in conductorem transfert. Connan. lib. 6. cap. 12. (...) sed saltem usum & fructum plenissimum...*”¹⁹⁵⁰. Assim, a simples locação poderia ser concluída por dez ou vinte anos e não se convolava numa enfiteuse, do mesmo passo que a enfiteuse podia ser celebrada por cinco ou seis anos: “*Sic itaque simplex locatio etiam ultra 10. vel 20. annos constitui potest, ut tamen non fiat emphyteusis, Connan. (...) sicut quoque emphyteusis ad 5. vel 6. annos constitui potest, Connan. ...*”¹⁹⁵¹.

RITTERSHAUSEN dava nota da frequente comparação feita entre a enfiteuse e a *locatio ad longum tempus* (pois a ambas se atribuía eficácia real) e sobre o tema limitava-se a remeter para o trabalho de AIRES PINHEL, num claro endosso da perspectiva humanista: “*Sed Emphyteusin jam omittamus: ubi hoc tantum attigero, Interpretes cum ea vulgo fere comparare locationem ad longum tempus factam, quae etiam jus in rem transferri putant, de quo illius locationis effectum, quid sentiendum sit, videri potest apud Arium Pinellum in comment. Cod. de bonis maternis*”¹⁹⁵².

Segundo HARPPRECHT, ao contrário do que professava a opinião comum, a transferência da posse e do domínio útil não decorria do tempo pelo qual o contrato fosse celebrado mas da vontade das partes, manifestada através da celebração de uma

¹⁹⁴⁸ JOHANNES GOEDDAEUS, *Thesium Sive Disputationes Iuris: Praeside Iohanne Goeddaeo, Pars II*, Excudebat Paulus Egenolphus, Typographus Academicus, Marpurgi Cattorum, 1595, *Disputatio VIII* (cujo respondente foi *Theodoro à Doring Bremensi*), *Thesis XI* (sem paginação).

¹⁹⁴⁹ In AAVV, *Consiliorum Sive Responsorum Doctorum et Professorum Facultatis Juridicae in Academia Marpurgensis, Volumen Quartum*, Sumptibus Godefridi Tampachii, Typis Caspari Rötelli, Francofurti ad Moenum, 1631, *Consilium LI*, nº 35, p. 1275.

¹⁹⁵⁰ *Iurisprudentiae Romanae Methodice Digestae Libri Duo*, cit., Cap. XXXI, p. 108.

¹⁹⁵¹ ALTÚSIO, *Dicaelologicae*, cit., Lib. I, Cap. LXXVI, nº 22, p. 263.

¹⁹⁵² CONRAD RITTERSHAUSEN, *Jus Justinianum, Hoc Est, Justiniani et Aliorum Quorundam Imp. Augg. Novellarum Mixtarum Expositio Methodica*, editio tertia, Sumptibus Georgii Andreae Dolphopffii & Johannis Eberhardi Zetzneri, Argentorati, 1669, *Partis Prima*, Cap. VIII, nº 59, p. 117.

enfiteuse¹⁹⁵³: “*Quaeri hic poterit: num locatio ad longum tempus, sive ultra decennium facta, transferat utile dominium in conductorem, adeoque in emphyteusin transeat & degeneret? Id quidem affirmant Doctores plerique (...) Sed negativa sententia veritatis magis accedit. Tum quia non tempus, sed conventio emphyteusin facit; adeoque non temporis adjectione, sed propria conventionis forma contractus ad invicem distinguuntur...*”¹⁹⁵⁴. Na verdade, a locação não alterava o domínio da *res* (D.19,2,39)¹⁹⁵⁵. A isto não obstava D.43,18,1,3 (“*Nec item adversatur...*”), que o jurisconsulto de Württemberg interpretava segundo os cânones cultos (“... *longum tempus per se non producere effectum vel dominium juris realis...*”), referindo expressamente, entre outros, os trabalhos de CONNANO, AIRES PINHEL e WESENBECK¹⁹⁵⁶.

Também BOCERO aplaudia CONNANO, AIRES PINHEL e WESENBECK por contraditarem a máxima de que a locação por dez ou mais anos transferia o domínio útil e permitia ao locatário agir através de *actiones utiles in rem*: “*Ad longum tempus, ex recepta vulgo sententia, locatio conductio fieri putatur, si in dicennium, vel ultra id tempus extendatur: quo genere locationis conductionis in conductorem praedii Dominium, ut vocant, utile transferri, eique utilem dari actionem in rem Interpretes volunt: quibus tamen non sine rationibus Pinelus, Connanus & Wesenb. contradicunt*”¹⁹⁵⁷. Na mesma obratambém eram identificáveis, todavia, “desvios” bartolistas, reconhecendo-se ao *conductor* por longo tempo o exercício dos meios possessórios (“*Et si quis conductorem ad longum tempus turbet, & domino & conductori integrum est remedio possessorio experiri*”)¹⁹⁵⁸.

BACHOVIO defendia que a mera aposição do prazo de dez anos não transferia o *dominium*, mas o pretor, após conhecer a causa, podia conceder ao locatário uma tutela processual *in rem*, o que lhe conferiria um direito real, ou seja, na terminologia dos Doutores, o domínio útil: “... *in quam non tantum perpetuam, sed etiam ad longum*

¹⁹⁵³ O excerto de HARPPRECHT que se segue era muito semelhante à exposição do humanista italiano GIULIO CLARO (cf., *supra*, II.1.2.1.5), cuja obra que citámos era precisamente acompanhada por anotações daquele Autor alemão.

¹⁹⁵⁴ *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius, cit., ad, cit., ad I. 3,24 (25), 3, n°s 97-98, p. 374.*

¹⁹⁵⁵ HARPPRECHT, *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius, cit., ad, cit., ad I. 3,24 (25), 3, n° 99, p. 374.*

¹⁹⁵⁶ HARPPRECHT, *Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius, cit., ad I. 3,24 (25), 3, n° 101, p. 374.*

¹⁹⁵⁷ *Disputationum de Universo Quo Utimur Jure, Pars Prima, cit., Class. II, Disputatio IV, n° 13, p. 203.*

¹⁹⁵⁸ *Disputationum de Universo Quo Utimur Jure, Pars Prima, cit., Class. II, Disputatio IV, n° 81, p. 219.*

*tempus factam locationem transire, & utile dominium ex ea transferri communiter statuitur: quae sententia, non obstantibus, quae ex Conn. disputat Wes. probabiliter videtur defendi posse: Dicam, quod locatio etiam decennialis, qua talis, non transferat dominium: sed quia praetor conductorem talem tuetur, & certis causis per actionem in rem, consequens est, quod non nudum ius ex contracti habeat (quod tantum actionem personalem producit) sed ius in re, quod ius in re Dd. vocant utile dominium*¹⁹⁵⁹. Recusava-se, pois, que o mero factor temporal pudesse influir nos efeitos do contrato, embora não se seguissem os ditames humanistas puros ao admitir-se, contra as objecções de CONNANO e WESENBECK, a transferência do *utile dominium* através da *locatio*.

Para KASPAR SCHIFORDEGHER só através da indagação da natureza do contrato escolhido pelas partes – e não do prazo que lhe fora aposto – se poderia saber se se operava uma transferência do domínio útil do prédio. Ora, a locação (mesmo que *ad longum tempus*) não transferia o domínio, nem sequer a posse; na verdade, a causa da locação e a causa do domínio nada tinham em comum: “*Adde quod non temporis adiuncto, sed propria conventionis forma, contractus distinguantur, quare secundum locationis naturam contractum intelligi debere (...) Atqui illa est locationis natura, ut non soleat dominium mutare, [D.19,2,39], cum nec possessionem transferat (...) Non itaque locatio ad longum tempus utile dominium transferer, cum causa locationis, cum causa domini nihil commune habeat*”¹⁹⁶⁰.

O panorama era, portanto, complexo, surgindo, lado a lado, fidelidades aos ensinamentos das escolas italianas, tendências humanistas, vias intermédias e, inclusive, posições que mudavam conforme as circunstâncias. Eram tempos de transição mas que já preparavam a época do *Usus Modernus* e a respectiva rejeição generalizada da *locatio ad longum tempus*¹⁹⁶¹

¹⁹⁵⁹ *Notae et Animadversiones in Matthei Wesenbecii Pandectas Iuris Civilis, ad D.19,2 n° 8, nota Vel in Perpetuum, p. 375.*

¹⁹⁶⁰ KASPAR SCHIFORDEGHER, *Ad Antonium Fabrum Iurisconsultum Sebusianum, Liber Primus, & Secundus. Opus Verae Iurisprudentiae, Per Varia Impedimenta, Nostro Seculo Eluctanti Subsidiarium, Ex Officina Typographica Hieronymi Galleri, Oppenheimio, 1610, Lib. I, Tractatus XVIII, Quaestio II (“Locationem ad longum tempus, nullum transferre dominium”)*, p. 136.

¹⁹⁶¹ Cf., *infra*, II.1.2.5.5.

1.2.4 – A Jurisprudência Elegante¹⁹⁶²

1.2.4.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Não obstante o seu papel pioneiro na corrente jusnaturalista dos séculos XVII-XVIII, nomeadamente como mediador entre as reflexões da Segunda Escolástica e o jusracionalismo¹⁹⁶³, HUGO GRÓCIO não irá tão longe como MOLINA na defesa da execução em espécie¹⁹⁶⁴.

Em *De iure belli ac pacis* (1625) a questão nem sequer é tratada¹⁹⁶⁵. Já no seu importante trabalho sobre o *ius proprium* holandês, *Inleydinge tot de Hollantsche rechtsgeleertheit* (1631), o Autor (embora admitindo que no campo do direito natural o devedor devia proceder conforme se comprometeu) acabava por seguir, quanto ao “direito civil”, a regra romana e a tradição bartolista: quem estava vinculado a uma prestação de *facere* podia libertar-se da obrigação através do pagamento de indemnização por danos ou de pena convencionada (“*However, although by natural law a person who has promised to do something is bound to do it in case it admits to be done, nevertheless by the civil law it is enough for him to pay the stipulator or acceptor the value of the interest that he had in performance, or the penalty, if one was stipulated to be paid in the event of non-performance*”)¹⁹⁶⁶.

De notar que GRÓCIO também seguia as directrizes bartolistas quando reconhecia ao comprador o direito de exigir a entrega da *res*: “*the purchaser has the choice whether he will still ask for delivery...*”¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁶² A Jurisprudência Elegante neerlandesa (herdeira do pensamento cujacio após o estabelecimento nos territórios neerlandeses de vários juristas protestantes vítimas de perseguições religiosas) alia o rigor dos métodos cultos a um inegável sentido prático e ao estudo dos *iura propria*. Tal combinação foi decisiva para a importância que a corrente alcançou no século XVII e nos inícios do século XVIII. Vejam-se, a propósito, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 394, 395, RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., p. 55, WIEACKER, *História*, cit., pp. 180-182 e 246-247, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 121-122.

¹⁹⁶³ Cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 391.

¹⁹⁶⁴ Cf., *infra*, II.2.1.

¹⁹⁶⁵ HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 59.

¹⁹⁶⁶ Socorremo-nos da tradução devida a ROBERT WARDEN LEE: *The Jurisprudence of Holland*, The Text translated with brief notes and a commentary by ROBERT WARDEN LEE, vol. I – *Text, Translation and Notes*, reimpressão da 2ª edição (Oxford, 1953), Scientia Verlag, Aalen, 1977, 3,3,41, p. 323. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547, HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 59, e HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligations Faciendi*, cit., p. 91.

¹⁹⁶⁷ 3,15,6 (p. 373). Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775.

Com resultado idêntico pronunciou-se VINNIO¹⁹⁶⁸. Segundo este jurista, as obrigações de fazer não eram todas da mesma natureza. Os meros factos (*factaque nuda & simplicia*) implicavam uma pura actividade, como, por exemplo, ir a Roma, pintar um quadro, construir um edifício ou escavar um fosso, sendo bem diferentes dos que consistiam na prestação de uma coisa ou na transmissão de um direito ou da posse, como acontecia no contrato de compra e venda. Obrigar o devedor a levar a cabo meros factos acarretaria o uso da violência e da coacção sobre homens livres. Assim, após ser concedido um prazo para cumprir e mantendo-se o inadimplemento, ocorreria como que uma novação em que à obrigação primitiva sucederia uma obrigação de pagamento do *id quod interest*: “*factaque nuda & simplicia, seu quae in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quae in rei alicujus praestatione & juris possessionis translatione consistunt, quale est jus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere (...)* Nam prioris generi facta sunt ejusmodi, quae ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione; & ideo ne homini libero vis fiat, in his debitorem non praecise ad faciendum, quod promisit, obligari, imo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit, quos promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quandam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id quod interest (...) [D.45,1,14;-45,1,72;-45,1,84;-45,1,91,3]”¹⁹⁶⁹.

Já a obrigação de entregar alguma coisa não envolvia necessariamente uma actividade pessoal do devedor, podendo o acto ser realizado por força da autoridade judicial: “*quod si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non fiat, iudicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum cui res tradi debuerat, transferri [D. 6,1,68]”*¹⁹⁷⁰.

VINNIO acrescentava que a prestação de *nuda facta* versava algo incerto, pelo que só o *id quod interest* poderia ser eficazmente pedido em juízo; já a obrigação de entrega a cargo do vendedor era certa (“*Obligationes, in quibus nudi facti praestatio*

¹⁹⁶⁸ Sobre o contributo de VINNIO, vd. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547, e HALLEBEEK/MERKEL, cit., pp. 84-85.

¹⁹⁶⁹ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, editio quarta, Apud Danielelem Elseverium, Amstelodami, 1665, Lib. III, Tit. XXIV, pr., n° 7, pp. 652-653.

¹⁹⁷⁰ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., p. 653.

versatur, incertae sunt (...) utpote in quibus id duntaxat, quod interest (...) ita venit, ut cum effectu peti possit (...) Obligatio autem venditoris certa est...”¹⁹⁷¹.

JOHANN VOET conservou-se ainda mais arreigado à regra da condenação pecuniária. Denotando evidente influência antiquarista, o célebre comentador do Digesto negava a aplicabilidade da execução específica às obrigações de prestação de facto: “*Sunt variae proditae stipulationum divisiones (...) In iis, quae faciendi obligationem continent, generaliter placuit, neminem ad factum obligatum, praecise ad implementum facti cogi posse, sed liberari praestando id quod interest*” (invocando, designadamente, D. 45,1,38,20 e D.42,1,13,1)¹⁹⁷². Tal abrangência, até, a obrigação de entrega da *res* vendida, pois, em aresto recolhido por CORNELIS VAN NIEUSTADT, os juízes haviam aplicado a prisão civil (*gyselinge houden*) ao vendedor enquanto ele não cumprira, preferindo essa medida à apreensão da coisa¹⁹⁷³; ora, para VOET, isso significava que a solução romana ainda estava em vigor, senão teria sido ordenada a segunda alternativa: “*per manum militarem non ita facile nec promiscue adhibendam iudices censuerit, altrumque propositum a Neostadio cogendi modum amplecti malint, civilem nempe venditoris custodiam (Gyselinge) magis est, ut tunc adhuc Romani juris definitionem servari dicamus (...) atque adeo adhuc verum erit, liberari venditorem praestando id quod interest, sicut evenit in omnibus facti obligationibus*”¹⁹⁷⁴.

Também numa posição de romanismo estreme podemos citar GERHARD NOODT¹⁹⁷⁵. A execução *in natura* da prestação de facto (inclusive a entrega da coisa vendida) escravizaria indecorosamente o cidadão romano, pelo que é necessário que se possa libertar da obrigação através do pagamento do *quod interest*: “*servile esse atque*

¹⁹⁷¹ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., p. 653.

¹⁹⁷² *Commentarius ad Pandectas, Tomus Secundus*, Apud Fratres de Tournes, Colloniae Allobrogum, 1769, ad D. 45,1, n° 8, p. 744. Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775.

¹⁹⁷³ *Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones*, Apud Joannem & Danielem Steuckerios, Hagae-Comitis, 1667, Decisio L, p. 197: “*quamobrem se offerre quanti interesset, rem tradita non esse (...) Senatus condemnatum civili custodiam sistendum (quod gyselinge houden dicimus) pronunciavit, quoad rem tradidisset*”.

¹⁹⁷⁴ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus*, Apud Fratres de Tournes, Colloniae Allobrogum, 1778, ad D.19,1, n° 14, pp. 662-663. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 775-776 (que em *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, in “*Tulane Law Review*”, 1991-1992, p. 1700, saborosamente qualifica a argumentação como “*rather unpersuasive*”), e HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligations Faciendi*, cit., pp. 89-90.

Sobre a prisão como medida aplicável aos devedores relapsos adstritos à prossecução de um *facere*, plenamente aceite pelo ordenamento neerlandês da época, remetemos para GERO DOLEZALEK, *Zivilprozeßrecht*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “*Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 95.

¹⁹⁷⁵ Cf. as considerações de NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547.

*indecorum, civem Romanum praecise cogere facere quod promiserit; ideoque oportere eum liberari solutione ejus quod interest*¹⁹⁷⁶. Por outro lado, D.6,1,68 determinava que quem não tem direitos sobre a coisa a restituía *manu militari* a favor de quem é proprietário, o que não é comparável a uma retirada da *res* ao *dominus* para a entregar a quem não o é – o que seria julgado com severidade pelos antigos (“*quod in [D.6,1,68] agitur; ut res petita a possessore cujus nullum jus est, manu militari auferatur, & domino cujus judicata est, restituatur. at contra fieri hoc judicio: nam eo res domino auferretur in honorem ejus qui non est dominus. quod Veteribus durum esse visum est*”)¹⁹⁷⁷.

A visão oposta – admissibilidade de recurso à execução específica de qualquer obrigação – não deixou, contudo, de estar representada entre os jurisconsultos elegantes.

Mencione-se, desde logo, SIMON VAN GROENEWEGEN VAN DER MADE, que, no seu *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus* (1649)¹⁹⁷⁸, considerou ab-rogados diversos preceitos do *Corpus Iuris Civilis* que estabeleciam a *condemnatio pecuniaria*¹⁹⁷⁹.

Uma dessas disposições seria D.42,1,13,1. Quem se obrigara a qualquer prestação de facto podia ser compelido a executá-la, não lhe sendo lícito oferecer indemnização pecuniária em troca enquanto tivesse a faculdade de actuar conforme o estabelecido: “*Hodie in omnibus faciendi obligationibus praecise ad factum cogi potest, neque solvendo interesse liberatur promissor, qui faciendi facultatem habet*”. Em abono da afirmação, apontava-se jurisprudência dos tribunais superiores neerlandeses¹⁹⁸⁰.

Ante C.4,49,4, GROENEWEGEN contrapunha que “*Alioquin venditorem etiam ad praecisam rei traditionem compelli*”, citando para o efeito, nomeadamente, vários contributos doutrinários e a já nossa conhecida decisão L da compilação de CORNELIS VAN NIEUSTADT (e que VOET interpretou de modo antagónico). O vendedor apenas poderia proceder à indemnização por equivalente – ou à entrega de coisa equiparada – quando não tivesse a faculdade de proceder à *traditio* da *res*: “*Caeterum si venditor rei*

¹⁹⁷⁶ *Operum Omnium, Tomus II – Commentarium in D. Justiniani, Sacratissimo Principis, Libros XXVII Digestorum Sive Pandectarum*, Apud Johannem Vander Linden, Juniores, 1724, ad D.19,1, p. 419.

¹⁹⁷⁷ NOODT, *Operum Omnium, Tomus II*, cit., ad D. 19,1, p. 420.

¹⁹⁷⁸ Consultámos a edição devida a Joannem Janssonium à Waesberge, & viduam, Amstelaedami, 1669.

¹⁹⁷⁹ Afigura-se fundamental, a propósito, a análise de HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., pp. 86 e ss.

¹⁹⁸⁰ *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars II, ad D.42,1,13,1, p. 306.

venditae tradendae facultatem non habeat, solvendo interesse, aut oblata re ejusdem qualitatis, ab ulteriori traditione immunis est)¹⁹⁸¹.

Mas o argumento de maior originalidade aduzido por GROENEWEGEN radicava em C.5,1,1¹⁹⁸², constituição dos Imperadores Diocleciano e Maximiano, datada de 293 e que determinou não ser proibido à *sponsa* renunciar a tal condição e casar com outra pessoa (*“Alii desponsata renuntiare condicioni ac nubere alii non prohibetur”*)¹⁹⁸³. De onde se concluiria que, no direito romano, não se poderia exigir o cumprimento dos esponsais: *“Jure civili sponsalia adimplere nemo cogitur”*¹⁹⁸⁴. Para o Autor, todavia, também essa norma teria sido derogada: *“hoje é de outro modo”*, acrescentava logo de seguida (*“hodie secus”*).

O fundamento apresentado residia na dissolubilidade do matrimónio na época da prescrição imperial – faria pouco sentido, portanto, que os esponsais não pudessem ser revogados. Mas a situação mudara radicalmente quando GROENEWEGEN escreveu, com a tendencial indissolubilidade matrimonial e o conseqüente cariz vinculativo dos esponsais, nos termos dos contratos de boa fé (*“Ita & sponsalia moribus nostris firmitatem obtinent instar contractus bonae fidei, cujus naturam hodie per omnia sortiuntur”*); a isso seria inerente a possibilidade da sua execução específica, inclusive com recurso ao encarceramento do devedor condenado (*“Ideoque invita parte à sponsalibus recedere nemini licet, sed contractum sponsalitium adimplere, adeoque et uxorem ducere tenetur invitus, et vel ipso carcere cogitur condemnatus et hoc jure utimur”*)¹⁹⁸⁵.

Desta alegada derrogação do direito romano em matéria esponsalícia, GROENEWEGEN retirava conclusões genéricas a respeito da realização coactiva das

¹⁹⁸¹ *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars III, ad C.4,49,4, p. 558. Um dos Autores citados por GROENEWEGEN é AIRES PINHEL, que em *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, cit., Pars III, n.º 25, p. 112, endossava a construção de BÁRTOLO: *“venditorem habentem facultatem rei tradendae praecise teneri tradere, nec liberari solvendo interesse, & idem probat Bart.”*. Verifica-se mais uma vez que PINHEL, apesar da sua matriz humanista, se afastou de posições antiquaristas extremas (neste sentido, cf. de novo ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit. p. 362).

¹⁹⁸² Conforme observam HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., p. 88.

¹⁹⁸³ Sobre os esponsais (*sponsalia*), convenções através das quais *“duas pessoas de sexo diferente (...) assumem o compromisso de se unirem em matrimónio”*, cf., v.g., ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)*, STVDIA IVRIDICA, n.º 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 100 e ss..

¹⁹⁸⁴ *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars III, ad C.5,1,1, p. 573.

¹⁹⁸⁵ *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars III, ad C.5,1,1, pp. 573-574.

obrigações de *facere*: no final da sua exposição sobre D.42,1,13,1, remete expressamente para “*quae dixi (...) in l. 1 C. de Sponsal.*”¹⁹⁸⁶.

Outro nome que se salientou na defesa da execução específica foi o de ULRICO HUBERO¹⁹⁸⁷. Depois de formular o problema de saber se o devedor se podia libertar da obrigação (nomeadamente de *facere*) mediante indemnização por equivalente (“*Praestando autem id quod interest, an promissor liberare se possit, es gravis Quaestio. Qui factum promisit (...) an vero praestando id quod interest liberare se possit*”), o Professor da Universidade de Franeker afirmava que não havia qualquer “*civilis causa*” que justificasse a quebra do compromisso assumido pelo devedor (“*Quibus meum calculum addo lubens, imprimis hoc motus argumento, quod hic nula civilis causa sit, cur fidem data frangeam liceat*”) ¹⁹⁸⁸.

HUBERO explicava que, na sua opinião, o brocardo *ad factum posse neminem cogi* significava que as acções voluntárias do homem não podiam ser impostas externamente: “*ad factum posse neminem cogi, intelligo sane, actiones voluntarias hominum imperari ab externa causa non posse*”¹⁹⁸⁹. Mas nada proíbia que aquele que não fazia o que prometeu fosse constrangido pelos meios legais aplicáveis aos devedores contumazes, como a prestação de penhor (*pignoris capio*), a *missio in possessionem*, a multa, o uso da força armada e, por fim, o próprio cárcere: “*Sed contumaces civiliter cogi dicuntur, quando remedia illis Praetoria adhibentur in hunc finem, ut adsensus eorum exprimatur; veluti pignorum capio, missio in possessionem, mulctae dictio, manus militaris, denique carcer. Nihil vetat quominus is, qui facere non vult, quod facturum se promissit, iis remediis constringitur*”¹⁹⁹⁰.

Este panorama demonstra bem as várias tendências que iam assomando na Jurisprudência Elegante, desde os quadros do puro Humanismo jurídico até às preocupações práticas do *Usus Modernus*, concatenadas com a atenção dada ao direito pátrio¹⁹⁹¹. Acresce que é perfeitamente plausível um influxo do pensamento de MOLINA (que analisaremos adiante)¹⁹⁹² sobre alguns dos *jurisconsulti elegantiores*,

¹⁹⁸⁶ *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars II, ad D.42,1,13,1 (*in fine*), p. 306

¹⁹⁸⁷ Vide NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547, e HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., p. 85.

¹⁹⁸⁸ *Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani Tomi Tres*, Tomus I, Apud Viarchi et Grazzini Editores, Maceratae, 1838, ad I.3,16, n° 6, p. 312.

¹⁹⁸⁹ *Praelectionum Juris Civilis*, cit., p. 312.

¹⁹⁹⁰ *Praelectionum Juris Civilis*, cit., p. 313.

¹⁹⁹¹ Cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 395.

¹⁹⁹² *Infra*, II.1.2.4.1.

com a derrogação das regras romanas em favor dos meios conducentes à execução *in natura*¹⁹⁹³.

Estava-se longe, todavia, do exagero contido no remate de ZIMMERMANN¹⁹⁹⁴ de que GROENEWEGEN pode ser tido como totalmente representativo do direito romano-holandês dos séculos XVII e XVIII, ou de que a ciência jurídica neerlandesa teria concludentemente abandonado a regra da condenação pecuniária¹⁹⁹⁵.

Mas qualquer que seja o balanço a fazer, a maioria dos representantes desta corrente ainda via a prestação do locador como uma actividade pessoal, da qual se poderia libertar mediante o pagamento do *id quod interest* da contraparte¹⁹⁹⁶. Deste modo se pronunciaram PIERRE GOUDELIN (“*Ac locator ad illud obligatur, ut praestet conductor re uti frui (...) in quo si damnum passus sit conductor (...) utrum culpa locatoris id contigerit, qui tunc tenetur ad id quod interest*”)¹⁹⁹⁷, ZOESIO (“*Conducti actio est conductoris, qua petat liberum usum ad tempus conventum, qui nisi praestetur, ad interesse ei est actio contra locatorem, cujus facto impeditur [D. 19,2,15,8]*”)¹⁹⁹⁸, PAUL VOET (“*Quando conductorem impedit ut ire conductâ, intra statutum tempus (...) tunc enim conductori tenetur locator ad id quod interest, excepto casu [D.19,2,54, -19,2,56 hic & C.4,65,3]*”)¹⁹⁹⁹, CORNELIS VAN ECK (que frisava o papel da vontade do locador na escolha entre o cumprimento em espécie e a indemnização por danos: “*Actio conducti competit conductor contra locatorem ad praestandam facultatem re conducta utendi fruendi (...) Vel, si nolit locator, tenetur ad id quod interest*”)²⁰⁰⁰, JOHANN ORTWIN WESTENBERG (“*Quod si vero non praestetur usus rei (...) tenetur Locator ad id, quod interest*”)²⁰⁰¹ e, sem novidade face ao que já se expôs, GRÓCIO (“*the hirer has the right to use the thing, and, failing that,*

¹⁹⁹³ Assim, HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., pp. 91-92.

¹⁹⁹⁴ *The Law of Obligations*, cit., p. 776, e *Roman-Dutch Jurisprudence*, cit., p. 1700.

¹⁹⁹⁵ Neste exacto sentido, a certa crítica de NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 546, nota 77.

¹⁹⁹⁶ Seguimos GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 130.

¹⁹⁹⁷ *Commentariorum de Jure Novissimo. Libri Sex*, Typis Jacobi Biesii, Arnhemii, 1661, Lib. III, Cap. VII, p. 108.

¹⁹⁹⁸ *Commentarius ad Institutionum Juris Civilis Libros IV*, Apud Fratres Deville, Lugduni, 1738, ad I. 3,25, n° 8, p. 555.

¹⁹⁹⁹ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Pars Prior*, Ex officina Pauli Vink, Gorichemi, 1668, ad I. 3,25 pr., n° 7, p. 255.

²⁰⁰⁰ *Principia Juris Civilis, Secundum Ordinem Digestorum, Pars Prima*, Apud Johannem Gyselaar, Franequerae, 1689, ad D. 19,2, pp. 390-391.

²⁰⁰¹ *Principia Juris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum*, editio quarta, Apud S. et J. Luchtman, Lugduni Batavorum, 1764, ad D. 19,2, § 62, p. 511.

to be compensated for his interest)²⁰⁰², VINNIO (“*Si haec conductori non praestentur, si quidem culpa locatoris, tenetur eo nominem ex conducto in id omne, quod conductoris interest, uti frui licere*”)²⁰⁰³ e NOODT (“*Huc usque effectum est, locatorem conductori actione ex conducto teneri, praestare frui licere. Quid, si non praestatet? (...) alias ad id quod interest: alias ad remissionem mercedis (...) primum dolo aut culpa, deinde casu fortuito*”)²⁰⁰⁴.

Também não surpreenderá que HUBERO negasse tal tese, defendendo, ao invés, que a prestação *in natura* poderia ser exigida ao *locator* enquanto fosse possível: “*Qua tamen praestatione, si res praestari queat, liberare se non potest...*”²⁰⁰⁵.

Acrescente-se, ainda, que o contributo de ZOESIO parece ser contraditório. No seu comentário do Digesto, equiparava a locação à compra e venda, negando-se ao locador a faculdade de oferecer um valor monetário (que acabaria por ser um *aliud*) em substituição da prestação: “*Est in eo similis hic contactus emptioni, quod ut ista non admitit emptiori invito obtrudi aestimationem, vel interesse: ita nec in hac contigat liberatio Locatoris ab usu praestando oblatione aestimationis, ex eadem ratione: ne aliud pro alio solvatur...*”²⁰⁰⁶. Esta versão foi a que vários juristas do *Usus Modernus* aproveitaram para se afastarem da linha romanística da *condemnatio pecuniaria*.

1.2.4.2 – A tutela possessória do locatário

A análise do direito romano pelos jurisconsultos elegantes não se revestiu de qualquer novidade²⁰⁰⁷. O locatário não possuía a *res* e era um simples detentor a quem se negava a tutela interdital²⁰⁰⁸. Nesse sentido, respigam-se, por exemplo, EBERHARD BRONCHORST (“*Si colonus vi dejectus sit è fundo, non competit ei adversus dejectentem interdictum Unde Vi, quia nullo modo possidet*”)²⁰⁰⁹, ZOESIO (“*Est enim interdictum hoc personale (...) non competit iis qui alieno nomine possident, uti colono,*

²⁰⁰² *The Jurisprudence of Holland*, I, cit., 3,19,12 (p. 389).

²⁰⁰³ *Jurisprudentiae Contractae Sive Partitionum Juris Civilis Libri IV*, Editio Tertia, Ex officina Arnoldi Leers, Roterodami, 1664, Lib. II, Cap. XVII, p. 252.

²⁰⁰⁴ *Operum Omnium, Tomus II*, cit., ad D. 19,2, p. 424.

²⁰⁰⁵ *Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani Tomi Tres, Tomus II*, Apud Aloysium Viarchum Editorem, Maceratae, 1838, ad D. 19,2, nº 5, p. 524, Cf. GENIUS, ob. cit., p. 130.

²⁰⁰⁶ *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L*, Viduae Wilh. Metternich & Filii, Coloniae Agrippinae, 1736, ad D. 19,2, nº 5, p. 465.

²⁰⁰⁷ Sobre a permanência no direito romano-holandês da distinção entre *possessio* e *detentio*, em moldes romanísticos, vd. KLEYN, *The Concept and the Protection of Possession*, cit., pp. 554-557.

²⁰⁰⁸ Acompanha-se GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 130-131.

²⁰⁰⁹ *ENANTIOΦΑΝΩΝ Centuriae Sex, et Conciliationes Earundem*, Apud Joannem Tollium, Hardervici, 1652, *Centuria IV, Assertio XXV*, p. 430.

*inquilino...”) ²⁰¹⁰, VINNIO (“*Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum unde vi competit (...) & ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessionem est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur*”) ²⁰¹¹, JOHANN JAKOB WISSENBACH ²⁰¹², HUBERO (“*Interdicta Recuperandae possessionis (...) Datur etiam fructuario (...) non colono (...) adversus eum quis dejecit, etsi non possideat*”) ²⁰¹³, JOHANN VOET (“... *si colonus vel inquilinus, aut coloni colonus, aut procurator, aut servus, aliusve similis per quem possidemus, vi dejectus sit, dominus ipse dejectus videtur, & hoc interdicto juvari potest (...) Inquilinis contra, aut colonis, aut procuratoribus, & similibus aliis dejectis, hoc interdicto experiundi potestas non est, quia non possident proprie, sed tantum alienae possessioni ministerium praebent, adeoque frustra peterent, restitui sibi possessioni, quam nunquam habuerunt*”) ²⁰¹⁴ ou WESTENBERG ²⁰¹⁵.*

C.8,4,7 também era considerada inaplicável, não só porque a mera detenção estava fora da sua hipótese normativa (“*non habere locum in locator (...) rem sua auferente per vim (...) conductori (...) qui non tam possessors sunt quam detentores, verba enim legis poenalia non solent extenti*”) ²⁰¹⁶, como por ter caído em desuso (“*Harum Legum poenam in desuetudinem abiisse*”) ²⁰¹⁷.

À luz dos *iura propria* neerlandeses, e ao contrário do direito romano, a posição jurídica do arrendatário assumia natureza real, o que era destacado por GRÓCIO ao estudar o direito da Holanda: “*By the Roman Law the person to whom land or a house has been let on hire is not considered to have any right of ownership over or claim to the subject of the hire, but only a personal recourse against the owner of the property. But with us every kind of hire gives a right of ownership, being regarded as a use for*

²⁰¹⁰ *Commentarius in Codicem Justinianum*, Apud Andream Bingium, Coloniae Agrippinae, 1660, ad C.8,4 (*Unde Vi*), p. 704.

²⁰¹¹ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., ad I. 4,15,6, n° 2, p. 867.

²⁰¹² *Exercitationum ad Quinquaginta Libros Pandectarum Partes Duae, Prior Pars*, editio quarta, Sumptibus Iohannis Henrici Ellingeri, Lipsiae, 1673, ad D.19, 2, *Disputatio XXXVII*, 12, col. 359 (“*In conductorem nec possession transfertur, nec dominium*”); ad D. 43,16, *Disputatio XXIII*, 29, col. 888 (“*Interdictum unde vi (...) non datur Colono*”).

²⁰¹³ *Praelectionum*, I, cit., ad I.4,15, n° 12, p. 467.

²⁰¹⁴ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Secundus*, cit., ad D. 43,16, n° 3, p. 703.

²⁰¹⁵ Cf. *Principia Juris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum*, cit., ad D.19,2, § 59, p. 511 (“*Non etiam ad transferendum dominium (...) vel Possessionem Civilem*”); *Principia Juris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum, Tomus II*, Typis et Sumptibus Johann Thomae Trattner, Viennae Austriae, 1755, ad D.43,16, § 6, p. 524 (“*Dejici autem dicitur is, qui possidet...*”) e § 21, p. 527 (“*Non datur Procuratori, vel colono...*”).

²⁰¹⁶ Vide ZOESIO, *Commentarius in Codicem Justinianum*, cit., ad C. 8,4, pp. 704-705.

²⁰¹⁷ Neste sentido, GROENEWEGEN, *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., ad C. 8, 4, 7, p. 695. Cf. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., pp. 284-285.

limited time...”²⁰¹⁸. A qualificação como *ius in re* não contribuiu, porém, para um fortalecimento do direito do locatário²⁰¹⁹, considerado um detentor da coisa em nome do locador e que, por isso, não a possuía: “*Possession is the actual holding of a thing accompanied by the intention to hold it for oneself and not for another (...) This last condition is added with a good reason, for a hirer, a borrower, a depositary cannot be said to possess*”²⁰²⁰.

Mas é necessário averiguar até que ponto foi rígida, na prática, a distinção entre posse e detenção²⁰²¹.

Uma reacção através do *officium iudicis* foi invocada mais escassamente do que nas literaturas italiana e alemã²⁰²², embora BRONCHORST afirmasse que “... *detentoribus turbatis in sua detentione (...) potest implorare officium iudicis*”²⁰²³, PAUL VOET a admitisse genericamente como forma de conseguir a restituição daquilo que foi violentamente esbulhado (“*Quod sine distinctione omnibus vim passis datur (...) Subjici potest (...) puta imploratio officii iudicis, ut fiat restitutio*”)²⁰²⁴ e HUBERO a tenha reconhecido contra o *dominus* que usou a força contra o *conductor*²⁰²⁵ (do que se infere que o expediente também seria acolhido por aquele jurista ante uma privação da *res* provocada por terceiro)²⁰²⁶. Uma possível explicação para tal escassez reside nas reservas com que a solução era encarada: na sua recolha de jurisprudência do Supremo Tribunal da Frísia, JOHAN VAN DER SANDE comentava que a *sententia* “*Colono turbato in sua detentione & usu rei subveniri officio Iudicis secundum Doctores*” não estava isenta de dificuldades: “*Quae sententia ad juris rationem exacta difficultate non caret*”²⁰²⁷. Em todo o caso, o referido pretório não deixava de a aplicar.

²⁰¹⁸ *The Jurisprudence of Holland*, I, cit., 2,44,9, p. 271. Cf., a propósito, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 130, e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 381.

²⁰¹⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 131.

²⁰²⁰ Novamente, GRÓCIO, *The Jurisprudence of Holland*, I, cit., 2, 2, 2-3, pp. 75 e 77.

²⁰²¹ Colocamos a questão conforme a põe KLEYN, *The Concept and the Protection of Possession*, cit., p. 564.

²⁰²² GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 131.

²⁰²³ *ENANTIOΦΑΝΩΝ Centuriae Sex*, cit., *Centuria IV, Assertio XXIV*, pp. 429-430.

²⁰²⁴ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Pars Posterior*, Ex officina Pauli Vink, Gorichemi, 1668, ad I.4,15,6, n° 3, p. 535.

²⁰²⁵ “*Interdictum quidem nullum colono adversus dominum datur, quia non possidet, sed est tantum in possessionem (...) sed tamen si contra fidem contractus manifestam dominus vim faciat conductori, quo minus hic officium iudicis impleret, nihil obstare potest*”: *Praelectionum*, II, cit., ad D.19,2, n° 6, p. 525.

²⁰²⁶ Nesta conclusão, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 131.

²⁰²⁷ *Decisiones Frisicae Sive Rerum in Suprema Frisiorum Curia Iudicatarum Libri V, editio secunda, Leovardiae*, 1639, Lib. V, Tit. IV, *Definitio II*, p. 555. A propósito deste aresto, KLEYN, *The Concept and the Protection of Possession*, cit., p. 565, embora sem especificar que se trata do *officium iudicis*, considera que se está face a uma protecção do arrendatário por extensão da tutela possessória.

Por seu turno, apesar de a protecção possessória oferecida pelo direito canónico, por via do cânone *Redintegranda*, ter sido endossada em várias regiões neerlandesas²⁰²⁸, a respectiva extensão aos detentores não foi objecto de aceitação apreciável. Salienta-se, todavia, a obra de PAUL VOET, que recebeu o *remedium juris canonici* com uma amplitude que acabava por abranger a posição do *conductor* (“*Quod sine distinctione omnibus vim passis datur (...) Subjici potest remedium juris canonici (...) ut fiat restitutio*”)²⁰²⁹.

A doutrina neerlandesa mostrou-se, pois, algo parca na concessão da tutela possessória ao locatário, num claro reflexo da tradição do Humanismo francês²⁰³⁰.

1.2.4.3 – A extinção do contrato pelo locador

A licitude do despejo antecipado continuou a depender do preenchimento dos fundamentos resolutivos estabelecidos nas fontes romanas (*maxime* em C.4,65,3), como demonstra o panorama doutrinal neerlandês da época²⁰³¹, designadamente PAUL VAN CHRISTYNEN (“... *inquilinus non potest expelli domo conducta, durante tempore conductionis, nisi in quatuor casibus...*”)²⁰³², GRÓCIO (“... *he may expel the hirer from his house or land even during the term of the hiring in case he is in default of payment for more than two years (...) The person who lets property on hire has also the right at the expiry of the hire to demand its return, but not before, unless owing to*

²⁰²⁸ Assim testemunha VINNIO, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., ad I.4,15,6, n° 6, p. 867: “...*Canones & pinguius remedium possessionis recuperande introduxerunt, can. Redintegranda, nempe etiam rei mobilis per vim amissae, quod hodie frequens est, & in foro quoque secular obtinet...*”. Vejam-se, ainda, por exemplo, as exposições sobre este expediente canónico por banda de ZOESIO, *Commentarius ad Digestorum*, cit., ad D.43,16, n° 12, p. 923, e WISSENBACH, *Exercitationum ad Quinquaginta Libros Pandectarum Partes Duae, Prior Pars*, cit., *Disputatio XXIII*, 28, col. 887. No direito frísio (tradicionalmente apegado ao *ius romanum*), todavia, a figura não foi recebida: cf., por todos, SANDE, *Decisiones*, cit., Lib. V, Tit. IV, *Definitio I*, pp. 552 (“*Remedium Can. Redintegranda 3 q. 1 non esse usu receptum in Curia Frisica*”) e 554 (“*Denique remedium dicti Canonis nostra in praxis nunquam fuit receptum*”).

Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 131, e KLEYN, *The Concept and the Protection of Possession*, cit., p. 560.

²⁰²⁹ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Pars Posterior*, cit., ad I.4,15,6, n° 3, p. 535. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 131.

²⁰³⁰ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 131.

²⁰³¹ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 131-132, e ELTJO SCHRAGE, *Locatio Conductio*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert”, Duncker & Humblot, Berlim, 1992, pp. 249-250, que assinala a falta de diferenças substanciais entre o “*gelehrten Recht*” e a doutrina do direito romano-holandês.

²⁰³² *Practicarum Quaestionum Rerumque in Supremis Belgarum Curiis Iudicatarum Observatarumque, Volumen II. & III., Secundum Ordinem Codicis D. Iustiniani Imperatoris Digestum, Ex Officina Hieronymi Verdussii, Antuerpiae, 1626, Volumen III, Decisio CXV*, p. 537

unforeseen circumstances he had need of it, or the hirer were misusing it)²⁰³³, BERNHARD SCHOTANUS (*“Potestne ex certis causis ante tempus conductor expelli? Dantur certae causae, ex quibus id permissum est. Prima est, si merces non solvatur intra biennium [D.19,2,56]. Secunda est, si dominus probaverit rem necessariam esse propriis usibus [C.4,65,3]. Tertia, si domus sit corrigenda [C.4,65,3] scilicet necessario [D.19,2,35]. Quarta si conductor re locata male utatur [C.4,65,3]”*)²⁰³⁴, JOHANNES ARNOLD CORVINUS (*“An ante definitum tempus alter contrahentium recedere a contractus potest? Respondetur. Non quidem regulariter; expelli tamen a locatore intempestive conductor potest, si justa subsit causa. Qua sunt justa causa? Respondetur. Si reparatione domus locata egeat, aut conductor pensionem non solvat, aut re conducta male utatur”*)²⁰³⁵, WISSENBACH (*“... si per biennium non solverit pensionem, aut partem saltem pensionis intulerit, ante tempus expelli potest (...) Tres praetera casus alios quibus ante tempus migrare cogitur inquilinus, proponit Antoninus in [C.4,65,3]...”*)²⁰³⁶, SIMON VAN LEEUWEN (*“Interumque, nec locator conductorem constringere possit, ut migret ante conductionis tempus absolutum (...) [C. 4,65,3]. Sunt tamen aliqui casus, quibus, & conductor a conductione recedere, & locator conductorem ut migret ante conductionis tempus absolutum, constringere potest”*; seguidamente, são analisadas as causas de expulsão previstas na *constitutio* de Antonino Caracala e em D.19,2,54,1)²⁰³⁷, PETER DE GREVE (*“Qui pensionem solvit ante tempus locationi praefinitum expelli nequit, nisi conductor male male versetur in re conducta, aut propriis usibus eam neccessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit (...) neque intra biennium pensionam persolvat, (...) Imo jure expellitur talis conductor”*)²⁰³⁸, HUBERO (*“Finitur locatio, si conductor toto biennio non solvat mercedem (...) si Dominus re locatam propriis usibus necessariam esse probaverit (...) Si dominus aedes corrigere maluerit (...) Si conductor in re conducta male versatus sit”*)²⁰³⁹, JOHANN VOET (*“Licet autem conductor regulariter ante tempus locationis*

²⁰³³ *The Jurisprudence of Holland*, I, cit., 3,19,11, pp. 387 e 389.

²⁰³⁴ *Examen Juridicum, quo Fundamenta Jurisprudentiae Secundum Seriem Digestorum*, Apud Joannem Janssonium, Amstelodami, 1646, ad D.19,2, p. 491.

²⁰³⁵ *Elementa Iuris Civilis. Juxta Ordinem Institutionum Imperialium*, Apud Ludovicum Elzevirium, Amsterodami, 1645, ad I.3,25 (24), p. 126.

²⁰³⁶ *In Libros IV. Priores Codicis Dn. Justiniani Repetitae Praelectionis*, Sumptibus Joh. Arcerii, Franekeræ, 1660, ad C.4,65,3, pp. 846-847.

²⁰³⁷ *Censura Forensis Theoretico-Practica*, Ex Officina Petri Leffen, & Francisci Moyardi, Lugduni Batavorum, 1662, Lib. IV, Cap. XXII, n° 14, pp. 620-621.

²⁰³⁸ *Exercitationes ad Pandectarum Loca Difficiliora*, Ex Officina Andreae ab Hoogenhysen, Noviomagi, 1660, *Exercitatio XIV*, n° XXX, pp. 362-363.

²⁰³⁹ *Praelectionum*, I, cit., ad I.3,24 (25), n° 13, III, p. 346.

*addictum expelli nequeat de domo vel fundo, aut rerum aliarum usus ei tolli; plures tamen in jure casus recensentur, quibus illud permissum est; idque vel ita, ut expulso neque per expellentem neque per alium id quod interest praestandum sit, sed sola temporis futuri, quo non utetur, pensio remitti debeat; vel ita, ut expulsus in solatium quanti sua interest jure persequatur. Prioris generis causae sunt (...) [C. 4,65,3] (...) vel integro biennio conductor moram fecerit in solvenda pensione”*²⁰⁴⁰, NOODT (“... curare debet conductor, ut locari solvat mercedes, seu pensiones. quod sit fecit: bene est nec invitus expelli potest intra tempora praefinita: nisi domum propriis usibus necessariam esse dominus probaverit; aut corrigere eam maluerit; aut conductor male ea versatus sit; aut cessaverit in solutione pensionum [C.4,65,3] intra biennium continuum...”)²⁰⁴¹ ou WESTENBERG (“Ante finitam locationem Conductor rem conductam restituere, vel ea excedere non cogitur (...) Nisi I. tot biennio mercedem non solverit (...) II. Ipse dominus re sua indigeat (...) III. Dominus eam reficere velit (...) IV. Conductor rem deteriore faciat ”)²⁰⁴².

Surgiram com vigor opiniões a erigir o requisito do decretamento do despejo pela autoridade pública²⁰⁴³. Tenham-se presentes, destarte, CHRISTYNNEN (que se apoiava em FABRO: “*Anth. Faber autem in Cod. suo hoc tit. defi. II dicit conductorem iis casibus quibus expelli per locatorem potest, non nisi ex auctoritate Magistratus expelli debere (...) Quod ante dictum est nonnulli extendendum censent quod conductorem non solventem pensionem...*”)²⁰⁴⁴, ZOESIO (“*An colonus & conductor possint expelli propria auctoritate, si intra biennium non solverint? Respondetur. Quod non, nec obstat [C.4,65,3] [D. 19,2,54,1] cum sint interpretandae per [C.8,13,3], ubi dicitur licet conventum sit de propria auctoritate colono expellendo, quod fieri potest, inquit textus, tamen debet fieri auctoritate Judicis*”)²⁰⁴⁵, GROENEWEGEN (“... *usum rei a conductore auferre licet locatori, quod non privata, sed publica judicis, auctoritate expellendus est conductor*”)²⁰⁴⁶, VAN LEEUWEN (“... *publica judicis auctoritas ex praevia causae cognitione intercedere debet; ne tumultui detur occasio,*

²⁰⁴⁰ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus, cit., ad D. 19,2, n° 16, p. 671.*

²⁰⁴¹ *Operum Omnium, Tomus II, cit., ad D. 19,2, p. 428.*

²⁰⁴² *Principia Juris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum, cit., ad D.19,2, §§ 43-44, p. 509.*

²⁰⁴³ GENIUS, *Der Bestandsschutz, cit., p. 132.*

²⁰⁴⁴ *Praticarum, cit., Volumen III, Decisio CXV, n° 10, p. 538.*

²⁰⁴⁵ *Commentarius in Codicem Justinianum, cit., ad C.4,65, Quaestio XI, p. 330.* Note-se que é invocado C.8,13,3, tal como fizera FABRO.

²⁰⁴⁶ *Tractatus de Legibus Abrogatis, cit., Pars III, ad C. 4,65,3, n° 3, p. 566.* A posição é escorada, entre outros argumentos, na obra de FABRO.

si locatori jus suum sine iudice exequi concedatur)²⁰⁴⁷ ou JOHANN VOET (“*Quibus autem in casibus expulsiones conductorum per leges aut mores finem permissae sunt, observandum primum, non privata, sed publica iudicis autoritate detruhari oportere colonos ac inquilinos, quoties privatim moniti migrare recusant, ne alioquin interdicto de vi & vi armata teneatur...*”, citando-se, nomeadamente, C.8,13,3 e FABRO)^{2048 2049}. São evidentes as influências da cultura jurídica francesa.

Põe-se, portanto, o problema de saber se uma expulsão ilícita poderia ser contrariada ou se, no final de contas, o locatário teria de se contentar com uma acção em que exigisse o *id quod interest*.

GENIUS considera que as análises a C.4,65,3 demonstram a primeira hipótese²⁰⁵⁰, o que nos suscita francas dúvidas. Os comentários em causa, por si só, não permitem tal conclusão – um dos Autores citados como arrimo, HUBERO, apontava os casos em que a expulsão era lícita²⁰⁵¹, mas não deixava de advertir que o arrendatário não dispunha de meios possessórios face ao senhorio²⁰⁵². Outro dos expoentes da Jurisprudência Elegante, VINNIO, também sublinhava que o *conductor* ilicitamente expulso mais não podia fazer do que intentar contra o locador uma *actio in id quod interest* (“... *non retentio adversus locatorem, qui eum expellat: sed est expulso actio in id quod interest aut ad poenam*”)²⁰⁵³.

Como vimos no ponto precedente, isto não invalida que na prática tenha havido extensões da tutela possessória a favor dos meros detentores, *maxime* através do recurso ao *officium iudicis* (reconhecido, precisamente e entre outros, por HUBERO). Mas não nos parece que a dogmática da extinção antecipada divergisse assinalavelmente da tradição do direito comum romano-canónico.

Muitas vezes escorados em costumes locais, os jurisconsultos aludiam à necessidade de um pré-aviso de denúncia²⁰⁵⁴. Indicam-se, neste sentido, JOHAN VAN DER SANDE (referindo-se ao costume vigente na Frísia, que exigia uma denúncia

²⁰⁴⁷ *Censura Forensis*, cit., Lib. IV, Cap. XXII, nº 14, pp. 620-621. Repete-se a invocação de D.4,2,13 e C.8,13,3, na linha do humanista FABRO.

²⁰⁴⁸ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus*, cit., ad D. 19,2, nº 18, p. 672.

²⁰⁴⁹ Outro texto romano frequentemente citado por estes Autores é o que se encontra em D.50,17,176 pr.: “*Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*” (a ninguém se concede aquilo que pode ser feito pelo magistrado público, para não dar ocasião a tumultos).

²⁰⁵⁰ *Der Bestandsschutz*, cit., p. 132.

²⁰⁵¹ *Praelectionum*, I, cit., ad I.3,24 (25), nº 13, III, p. 346.

²⁰⁵² Recorde-se a já transcrita passagem de *Praelectionum*, II, cit., ad D. 19, 2, nº 6, p. 525.

²⁰⁵³ *Jurisprudentiae Contractae*, cit., Lib. II, Cap. XVII, p. 252, nota l.

²⁰⁵⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 132-133.

antes do mês de Janeiro: “*Et hanc ob causam consuetudine apud Frisios receptum est, ut dominus, qui vel ipse re locata uti frui, vel alteri eam locare aut alienare vult, ante Calendas Januarii denuntiet*”²⁰⁵⁵, GRÓCIO (que se limitava a apontar a necessidade de se observar um período cômputo: “... *one or another of the parties renounces the contract; however this must take place at a convenient time, so that the lessor may have the opportunity of finding a new tenant and the lessee of providing himself with a new house*”)²⁰⁵⁶ ou VAN LEEUWEN (referindo-se a um prazo de três meses antes da extinção do contrato, embora notasse que no direito de Utreque a denúncia deveria ser efectuada antes da véspera de Natal ou nos catorze dias posteriores: “*And it is therefore customary at many places, that the person who lets the property and the tenant, are bound to give notice to each other within proper time (usually within three months before the lease expires), within the lease will cease; at Utrecht, before Christmas eve, or at the utmost, within fourteen days after*”)²⁰⁵⁷. Era a adaptação do *ius commune* aos interesses sociais considerados dignos de tutela, nomeadamente a necessidade de o arrendatário encontrar novo espaço, como concluía GRÓCIO na última passagem citada.

O direito próprio neerlandês não deixou, aliás, de derogar o *ius romanum* em alguns casos. Ao contrário do vertido em C.4,65,3, os costumes de Antuérpia não reconheceram como motivos de despejo antecipado a necessidade do imóvel ou a realização de reparações (“... *un propriétaire ne peut faire déloger un locataire, quand même il voudrait entrer lui-même dans la maison, ou abattre ou réparer la maison en tout ou en partie*”)²⁰⁵⁸, embora admitissem a cessação do contrato quando o arrendatário fizesse um mau uso do prédio (“...*un loueur peut faire désister son locataire de sa location s’il mésuse de la maison ou de l’héritage loué, soit en tenant maison*

²⁰⁵⁵ *Decisiones Frisicae*, cit., Lib. III, Tit. VI, *Definitio* I, p. 231.

²⁰⁵⁶ *The Jurisprudence of Holland*, I, cit., 3,19,8, p. 387.

²⁰⁵⁷ *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, translated from the Dutch, Printed by A. Strahan, London, 1820, Livro 4, Cap. 21, n° 6, p. 403. Trata-se da tradução inglesa de *Het Rooms-Hollands-Regt*, obra datada de 1664.

²⁰⁵⁸ *Coutumes du Pays et Duché de Brabant. Quartier d’Anvers, Tome Deuxième. Coutumes de la Ville d’Anvers*, Par G. DE LONGÉ, Fr. Gobbaerts, Imprimeur du Roi, Bruxelles, 1871, *Titre* LIX, art. 6, pp. 449-451. Cf. GROENEWEGEN, *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars III, ad C. 4,65,3, n° 2, p. 566 (“*Quod quamvis Antwerpiae consuetudine non obtinet*”), SCHRAGE, *Locatio Conductio*, cit., p. 250, e o comentário a 3,19,11 de *The Jurisprudence of Holland*, the text translated with brief notes and a commentary by ROBERT WARDEN LEE, vol. II – *Commentary*, reimpressão da edição de Oxford (1936), Scientia Verlag, Aalen, 1977, p. 312. Note-se que, no período em vigoravam tais costumes, Antuérpia fazia parte dos Países Baixos do Sul.

malhonnête ou autrement, le tout à la discrétion du juge)²⁰⁵⁹. Idêntica exclusão era feita pelo direito estatutário de Amesterdão (“... *d’Eygenaer, ofte Verhuurder van een Huys, en vermach der Huurder, van’t selve Huys, niet te doen ruymen, ofte daer uyt te varen, de huure noch niet ge-ex-pireert ziinnde; alwaer’t oock soo, dat hy selfs in’t Huys metter woon begeerde te komen, ofte’t Huys af te worpen, ende’t selve te repareren, ofte oock in’t geheel te vertimmerem*”)^{2060 2061}. Como se apurará adiante, o desfavor que estes fundamentos de despejo mereceram seria continuado em várias codificações, por mediação do pensamento do jusracionalista²⁰⁶².

1.2.4.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Apesar de os *iura propria* neerlandeses seguirem amiúde soluções diversas, a análise do direito romano pelos jurisconsultos elegantes não produziu significativos desvios dos resultados tradicionais. Aceitava-se plenamente que a locação não era oponível ao sucessor a título singular, que podia expulsar o locatário; o último tinha somente o direito de responsabilizar o locador pelo *id quod interest*²⁰⁶³.

Leiam-se, a título ilustrativo, ZOESIO (“*Ut neque de jure teneatur stare Locationi factae per suum auctorem: sed expellere possit Conductorem...*”; “*Tenebitur tamen in casum expulsionis Locator conductori quanti sua interest...*”)²⁰⁶⁴, VINNIO (“...*particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factae ab auctore suo...*”)²⁰⁶⁵, SCHOTANUS (“*Conductor ex conducto agit in id quos interest; verum emptor locationi [C.4,65,9]...*”)²⁰⁶⁶, WISSENBACH (“*An emptor stare locatione cogitur? Non cogitur. Expelli ante tempus conductor potest a successore singulare...*”)²⁰⁶⁷, PAUL VOET (“...*successore singulare (...) conductorem expellere potest, etiam ante finitum tempus locationis [C.4,65,9]. Obligatio enim ex conducto*

²⁰⁵⁹ *Coutumes du Pays et Duché de Brabant. Quartier d’ Anvers, Tome Deuxième. Coutumes de la Ville d’ Anvers*, cit., *Titre LIX*, nº 15, p. 453. Cf. o comentário de ROBERT WARDEN LEE a 3,19,11 de *The Jurisprudence of Holland*, II, cit., p. 312.

²⁰⁶⁰ *Recueil van versheyde keuren en costumen midtsgaders maniere van procederen binnen de stad Amsterdam*, Voor Jan Hendricks, Boeck-verkooper op de Roüaensche Kay, Amsterdam, 1656, Cap. LI, art. 9, p. 256.

²⁰⁶¹ Cf., novamente, o comentário de ROBERT WARDEN LEE ao ponto 3,19,11 de *The Jurisprudence of Holland*, II, cit., p. 312, que cita no mesmo sentido os Estatutos de Haarlem.

²⁰⁶² Cf., *infra*, II.2.4.

²⁰⁶³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 134-135.

²⁰⁶⁴ *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis*, cit., ad D.19,2, nºs 40-41, p. 470.

²⁰⁶⁵ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., ad I.3,25(24),6, p. 675.

²⁰⁶⁶ *Examen Juridicum*, cit., ad D.19,2, pp. 492-493.

²⁰⁶⁷ *In Libros IV. Priores Codicis Dn. Justiniani Repetitae Praelectionis*, cit., ad C.4,65,9, p. 856.

personalis est, quae rem non afficit, adeoque fundum non sequitur, nec transit ad emptorem (...) Ut tamen conductor actione quod sua interest convenire possit locatorem, quod ante implemum locationis tempus sit expulsus...)²⁰⁶⁸, ABRAHAM VAN WESEL (“*Emptorem fundi, jure Civili, necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit...*”; “*Ex conductione enim, sicut & ex caeteris contractibus, nihil juris in re acquiritur conductori, sed tantum personalis actio, ut re conducta uti frui possit, vel solvatur id quod interest (...) nihil aliud a locatore consequi potest, quam id quod sua interest, ad tempus contratus fundo uti non licuisse*”)²⁰⁶⁹, VAN ECK (“*Hinc datur etiam ad interesse, si locator rem locata vendiderit, & emtor conductorem ante tempus ex aedibus vel fundo exegerit [D.19,2,25,1; D.19,2,32; C.4,65,9]*”)²⁰⁷⁰, JOHANN VOET (“*...legatario, tanquam successori particulari, jus est prohibendi conductori legatae rei usum ante tempus (...) conductor expulsus actionem ex conducto habet ad indemnitatem*”)²⁰⁷¹, VAN LEEUWEN (“*... in successore singulari res aliter se habet, puta in emptore aliove, qui locatione a venditore facta, stare non tenetur [C. 4,65,9; D.19,2,25,1] eumque expellere potest, nisi aliter fuerit conventum; quia pleno effecto rei dominus factus est, nec conductor ullum jus in ea habet, ultra quod ab emptore expulsus, ad id quod sua interest agere potest, adversus venditorem locatorem suum...*”)²⁰⁷² ou WESTENBERG (“*... successore particulari; Emtor enim vel Legatarius stare locationi, nisi aliud actum sit, non tenetur [D.19,2,25,1; C. 4,65,9]*” *adeoque Conductorem expellere potest*; “*Qui si ex ea re damnum sentiat, contra Locatorem regressum habet, ad praestandum id, quod interest*”)²⁰⁷³.

Os pactos concluídos entre o vendedor e o comprador em que este se obrigava a manter o locatário no prédio não foram vistos como acordos a favor de terceiro²⁰⁷⁴.

BRONCHORST defendia que um pacto celebrado entre *venditor* e *emptor* não podia beneficiar o arrendatário, o que fundamentava na regra *alteri stipulari nemo potest*: “*... stipulatione alteri per alterum non quaeratur obligatio vel actio*

²⁰⁶⁸ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Pars Posterior, cit., ad I.3,25(24),6, n° 2, p. 266.*

²⁰⁶⁹ *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas, in Opera Omnia, Apud Cornelium Meyer, Gandavi, 1729, Art. XIX, n°s 1 e 2, p. 155.*

²⁰⁷⁰ *Principia Juris Civilis, Secundum Ordinem Digestorum, Pars Prima, cit., ad D. 19,2, p. 391.*

²⁰⁷¹ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus, cit., ad D. 19,2, n° 17, p. 672.*

²⁰⁷² *Censura Forensis, cit., Lib. IV, Cap. XXII, n° 17, p. 622.*

²⁰⁷³ *Principia Juris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum, cit., ad D.19,2, §§ 47 e 48, pp. 509-510.*

²⁰⁷⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz, cit., pp. 135-136.*

[D.45,1,38,17]. *Ergo neque hoc pactum venditoris cum emtore initum, prodest conductori*²⁰⁷⁵.

ZOESIO também vincava a relatividade do acordo (“... *quod pactum nihil operetur ultra personas...*”)²⁰⁷⁶, ao abrigo do qual não eram concedidas acções ou excepções ao locatário, de acordo com a exposição de HUBERO (“*Conductor tamen ex illo pacto nec actionem nec exceptionem habet*”)²⁰⁷⁷.

Se o arrendatário não permitisse a transmissão do direito do senhorio, impedindo a *traditio* da *res*, a solução aventada pela Jurisprudência Elegante também não diferia do direito romano²⁰⁷⁸. Observou-se que os representantes desta corrente não reconheceram, em geral, a tutela possessória ao locatário: os comentários que se debruçaram sobre D.43,16,12 e D.43,16,18 pr. revelavam uma preocupação de rigor conceitual, sublinhando, sobretudo, que o *interdictum unde vi* era concedido ao *conductor* apenas porque aquele se tornara possuidor em decorrência da *interversio possessionis* (que ocorrera devido à não admissão do comprador).

BRONCHORST indicava, justamente, a *interversio* como condição do exercício do interdito pelo arrendatário, que já não estava no prédio nessa qualidade, mas como “*violentus possessor*”: “... *colonus intendit iterdictum unde vi, se ipse domino interverterit possessionem, & dominum seu locatorem, vel alium a domino missum in possessionem non admiserit. Iam enim non amplius ut colonus est in fundo, sed ut violentus possessor*”²⁰⁷⁹. Era evidente que o proprietário poderia, por seu turno, exercer contra ele a defesa possessória (“*Ideoque ipse tenetur domino interdicto unde vi*”)²⁰⁸⁰.

Após afirmar que o *interdictum* “[n]on competere colono”, ZOESIO ressalvava que a ele ficava sujeito o comprador que usasse a força, pois o arrendatário já se arrogara da posse: “... *ubi emptor fundi jussus a venditore fundam intrare, repulsus a colono, si vi adhibita colonum expulerit, dicitur eidem hoc interdicto teneri (...) per quam videtur sibi possessionem arrogare*”²⁰⁸¹.

SCHOTANUS expunha que o *interdictum unde vi* não era concedido ao arrendatário, uma vez que não tinha a qualidade de possuidor (“*Datur (...) non colono,*

²⁰⁷⁵ ENANTIOΦΑΝΩΝ *Centuriae sex*, cit., *Centuria II, Assertio LXVIII*, p. 217.

²⁰⁷⁶ *Commentarius in Codicem Justinianum*, cit., ad C.4,65, *Quaestio XV*, p. 333.

²⁰⁷⁷ *Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani Tomi Tres, Tomus I*, cit., ad I,3,25, n° 13, II, p. 345.

²⁰⁷⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 135.

²⁰⁷⁹ ENANTIOΦΑΝΩΝ *Centuriae sex*, cit., *Centuria IV, Assertio XXV*, p. 430.

²⁰⁸⁰ BRONCHORST, *ENANTIOΦΑΝΩΝ Centuriae sex*, cit., *Centuria IV, Assertio XXV*, p. 430.

²⁰⁸¹ *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis*, cit., ad D.43,16, n° 5, p. 922.

quia sibi non possidet...”), mas referia que a solução seria diferente se aquele impedisse a *missio in vacuum possessionem* e fosse expulso violentamente por pessoa diferente do senhorio: “... nisi colonus, eum, cui locator fundum vendiderat, quique missus erat in possessionem non admiserit, & deinde vi ab alio sit dejectus [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]”²⁰⁸².

Segundo WISSENBACH, o arrendatário não podia exercer o *interdictum* e, se o fizesse ao abrigo de D.43,16,12 e D.43,16,18 pr., não seria nessa qualidade mas porque começara a possuir ao esbulhar a *possessio* do *dominus*: “*Interdictum unde vi (...)* Non datur Colono (...) Nec movente [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.] Datur ibi hoc interdictum colono, non qua tali, sed ut ei, qui jam coeperat possidere, utrobique enim agitur de eo colono, qui dominum ante dejecerat...”²⁰⁸³. DE GREVE não destoava: após apresentar a regra geral (“*ac ideo colono interdictum Unde vi denegatur*”)²⁰⁸⁴, apontava o desvio que se verificaria com a hipótese de uma inversão do título da posse (“... nisi emptorem venientem non admiserint, atque ita coeperint habere animum intervertendi possessione domino, adeoque sibi possidendi, quo casu dejecti utuntur interdicto Unde vi ”)²⁰⁸⁵.

Na mesma linha, JOHANN VOET reconhecia a outorga da protecção interdital, equiparando ao ladrão o arrendatário que impedira a *traditio* e começara a possuir em nome próprio: “*Inquilinis contra, aut colonis (...)* hoc interdicto experiundi potestas non est, quia non possidente proprie (...) nisi tales inceperint suo nomine possessionem retinere tanquam praedones, veluti, si proprietarium intrarem volentem vi repulerint, vel emtorem a proprietario venditore missum [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.]”²⁰⁸⁶.

A hipoteca foi aceite pelos *jurisconsulti elegantiores* como meio de protecção do arrendatário perante o despejo pretendido pelo sucessor a título singular, embora o alcance que se lhe reconhecia fosse diverso consoante as opiniões²⁰⁸⁷.

Assim, mostrou-se significativo o número de Autores que via na hipoteca um meio de o *conductor* reter a *res* até ao pagamento da indemnização pelo não cumprimento da obrigação de proporcionar o gozo durante a totalidade do período contratual. Era o já referido rigor dogmático da Escola que emergia, negando-se que a assunção de uma garantia pudesse transformar o direito do arrendatário num *ius in re*.

²⁰⁸² *Examen Juridicum*, cit., ad D.43,16, p. 874.

²⁰⁸³ WISSENBACH, *Exercitationum ad Quinquaginta Libros Pandectarum Partes Duae, Prior Pars*, cit., ad D. 43,16, *Disputatio XXIII*, 29, col. 888.

²⁰⁸⁴ *Exercitationes*, cit., *Exercitatio X*, nº XXIII, p. 260.

²⁰⁸⁵ *Exercitationes*, cit., *Exercitatio X*, nº XXIII, p. 260.

²⁰⁸⁶ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Secundus*, cit., ad D.43,16, nº 3, p. 703

²⁰⁸⁷ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp.136-137.

ZOESIO explicava que a hipoteca não impedia o locador de transmitir o seu direito, nem o comprador de expulsar o arrendatário se lhe fosse pago o *id quod interest*: “*Verum cum Locator, non obstant Hypotheca, manserit dominus, & jus suum transtulerit in emptorem, quod etsi afficiat rem, non tamen impedit ejus alienationem: verius est non impediari emptorem expellere conductorem soluto eo, quod illius interest, cujus solutio facit teneri conductorem relaxare pignus*”²⁰⁸⁸.

Segundo JOHAN VAN DEN SANDE, a hipoteca geral ou especial permitia ao arrendatário não ser expulso enquanto não lhe fosse proporcionada, por via do *id quod interest*, a situação em que estaria se não ocorresse inadimplemento; mas se tal fosse feito, o direito de retenção extinguir-se-ia, resgatando-se o prédio: “*operatur autem Hypotheca sive generalis sive specialis, ut colonus vel inquilinus non ante possit expelli, quam ipsi refusum sit, quod sua interest. Quo refuso vel oblato resolvetur jus retentionis, liberumque fundum...*”²⁰⁸⁹.

Semelhantemente escrevia VAN WESEL (“*Communiis tamen obtinuit ut hypotheca, sive generalis, sive specialis, hoc tantum operetur, ut conductor refundatur quod sua interest, quo refuso, vel oblato, resolvetur jus retentionis, liberumque fundum, liberisque sibi aedes suas habebit dominus*”)²⁰⁹⁰. A solução era justificada com a acessoriedade da hipoteca: se a obrigação principal tinha cariz puramente pessoal e podia ser cumprida mediante o pagamento de indemnização, não era a garantia que daria ao credor o direito de exigir mais do que isso (“*Cum enim hypotheca sit accessoria duntaxat ad principalem locatoris obligationem, ea autem solummodo detur in id quod interest, si conductori non liceat uti frui re locata utique jus personalis extendere, ejusque terminos excedere non potest*”)²⁰⁹¹.

Para DE GREVE, a constituição de uma hipoteca geral permitia ao arrendatário a retenção da *res* até lhe serem indemnizados os respectivos danos pela cessação antecipada: “*Quod si tamen colonus in re conducta hypotheca quantumvis generali sibi propexerit, receptum est, conductorem retinere posse, donec id quod interest praestatur*”²⁰⁹².

HUBERO também expunha que a hipoteca geral que garantisse a posição contratual do arrendatário lhe atribuía o direito de retenção da *res* até à satisfação do seu

²⁰⁸⁸ *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis*, cit., ad D.19,2, n° 43, p. 470.

²⁰⁸⁹ *Decisiones Frisicae*, cit., Lib. III, Tit. VI, *Definitio VII*, p. 238.

²⁰⁹⁰ *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas*, cit., Art. XIX, n° 9, p. 156.

²⁰⁹¹ VAN WESEL, *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas*, cit., Art. XIX, n° 9, p. 156

²⁰⁹² *Exercitationes*, cit., *Exercitatio IX*, n° XIII, p. 223.

interest (“... *si conductor pro hoc contractu hypothecam saltem generalem habeat: haec enim ei tribuit retentionem, donec ei satisfactum sit de eo, quod sua intersit*”)²⁰⁹³.

De acordo com JOHANN VOET, a garantia da obrigação de proporcionar o gozo da coisa até ao final do prazo convencionado (prestada através de hipoteca geral ou especial) era acessória da obrigação principal e não a podia alterar; portanto, o pagamento do *id quod interest* e a prestação em espécie eram equiparáveis: “...*locator aut generaliter res suas aut specialiter ipsum illud praedio, quod locavit, pignori obligaverit conductor in usus, non ante finitum tempus expressum adimendi, securitatem. Cum enim illa pignoris obligatio accessoria tantum sit, principalem obligationem firmare quidem, at nequaquam immutare potest: principais autem conducti actio personalis in id tantum comparata est, ut vel usus conductori, usque ad locationis finem praestetur, vel alioquin solvatur id quod interest...*”²⁰⁹⁴. É notória a influência do trabalho de VAN WESEL – citado, aliás, por VOET.

Mais escassos foram os contributos que defenderam expressamente que a hipoteca atribuía ao arrendatário o direito à prestação *in natura* até ao final do contrato. Indica-se nesse sentido, contudo, ALEXANDER ARNOLD PAGENSTECHE, que considerava a constituição da garantia um desvio a C.4,65,9 (“*Nisi hypothecam, etiam generali, in re conducta conductor habeat*”), algo que o Autor contrapunha à opinião de outros, para quem o arrendatário podia ser expulso mediante o pagamento do *id quod interest* (“*Quo tamen alii intelligunt hactenus, ut emptor, praestando id quod interest, conductorem expellere possit...*”)²⁰⁹⁵.

A doutrina do *ius commune* era, pois, firmemente endossada nas obras dos juriconsultos elegantes que tinham como objecto o direito romano. Mas, como já se afirmou, o *ius proprium* dos territórios neerlandeses conduziu, frequentemente, a resultados muito diferentes²⁰⁹⁶.

1.2.4.5 – A *locatio ad longum tempus*

A questão da *locatio ad longum tempus* configurou, mais uma vez, como que um teste decisivo entre a tradição bartolista e as sensibilidades humanistas. Também nesta matéria os ensinamentos da Escola Culta tiveram reflexos na Jurisprudência Elegante

²⁰⁹³ *Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani Tomi Tres, Tomus I, cit., ad I.3,25, n° 13, II, p. 345.*

²⁰⁹⁴ *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus, cit., ad D. 19,2, n° 18, pp. 672-673.*

²⁰⁹⁵ *Aphorismi Juris ad Institutiones Justinianaeas*, editio quinta, Ex Officina Wetsteniana, Amstelaedami, 1705, ad I.3,25(24), n° 115, p. 315.

²⁰⁹⁶ *Supra*, II.1.3.4.

neerlandesa, que foi marcada por uma forte corrente adversa à figura gizada pelos Glosadores²⁰⁹⁷.

Louvando-se em CONNANO, BRONCHORST afirmava que, se as partes pretendessem a transferência do domínio útil, estavam em causa a enfiteuse ou o direito de superfície, nunca a *locatio* (cuja natureza não lho permitiria): “*Tradunt communiter DD. quod ex locatione decennali, aut longiore tempore facta utile dominium transferat in conductorem (...) Sed haec sententia merito a Connano improbat Nam locationis haec est natura, ut non transferatur ex ea dominium, ut aperte traditur in [D.19,2,39]... (...) quando non simplex locatio contracta est, sed conventum est, ut negotium transeat in aliam speciem contractus, puta emphyteusin, vel superficiarium contractum: tunc enim utile dominium transit in accipientem*”²⁰⁹⁸. O jurisconsulto acrescentava que D.43,18,1,3 não concedia uma *actio in rem* pelo mero facto de o *tempus* da locação ser longo; tal dependia, sim, da *cognitio* da causa (“*Praetor non indictincte ex locatione superficiei longo tempore facta, concedit actionem in rem; sed causa cognita ...*”)²⁰⁹⁹.

ZOESIO comentava que, opostamente ao que era comumente aceite, a *locatio* não mudava o *dominium* da *res* (D.19,2,39) e, além disso, o tempo de duração fixado ao contrato não tinha a virtualidade de transmutar a obrigação de uma espécie em outra diferente: “*An saltem per locationem longi temporis aliquod dominium transeat? (...) communiis esse receptum: Verius tamen esse, nullum transire, cum hic tantum agatur de translatione usus, neutiquam autem dominus, uti expressum in [D.19,2,39] (...) tempus longus non est magis modus transferendae obligationis de una specie in aliam*”²¹⁰⁰.

Mas, tal como WESENBECK²¹⁰¹, estes dois jurisconsultos elegantes (ainda nascidos no século XVI) não se tinham libertado inteiramente dos quadros do bartolismo. Ambos faziam apelo, incoerentemente, à *locatio ad longum tempus* como óbice às consequências de C.4,65,9²¹⁰². Mas estavam lançadas as bases para contributos mais sólidos.

²⁰⁹⁷ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 200, e especialmente, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 133 e 137.

²⁰⁹⁸ ENANTIOΦΑΝΩΝ *Centuriae sex, et Conciliationes Earundem*, cit., *Centuria II, Assertio LXVII*, pp. 215-216.

²⁰⁹⁹ BRONCHORST, *ENANTIOΦΑΝΩΝ Centuriae sex, et Conciliationes Earundem*, cit., *Centuria II, Assertio LXVII*, p. 216.

²¹⁰⁰ ZOESIO, *Commentarius in Codicem Justinianum*, cit., ad C.4,65, *Quaestio I*, p. 326.

²¹⁰¹ Veja-se, *supra*, II.1.2.3.5.

²¹⁰² BRONCHORST, *ENANTIOΦΑΝΩΝ Centuriae sex, et Conciliationes Earundem*, cit., *Centuria II, Assertio LXVIII*, p. 216 (“*Quod si colonus haberet ius in re, ut puta si ad longum tempus conduxisset, tunc ei emtor stare*”); ZOESIO, *Commentarius in Codicem Justinianum*, cit., ad C.4,65,

Assim, CORVINUS considerou falsa a opinião comum quando atribuía à locação por dez (ou mais) anos a transferência do domínio útil. Na verdade, a tutela real conferida por D.43,18,1,3 dependia da *causa cognita* e não do prazo contratual: “*Nam de communi Doctorum sententia, ex locatione decennali, aut longiore semper utile dominium transfertur (...) Id non verum esse (...) actiones reales a Praetore non indistincte, sed causa cónita, dentur*[D.43,18,1,3]”²¹⁰³.

Para JOHAN VAN DEN SANDE (que citava CONNANO) o tempo não era modo de transferência do domínio nem de constituição da enfiteuse – esta figura tinha de ser convencionada pelas partes: “*Locatio igitur quantivis etiam temporis non est modus transferendi dominii, [D.19,2,39] nec emphyteusis, nisi id actum fuerit inter contrahentes*”²¹⁰⁴.

Em sintonia, JOHANN VOET expunha que um *longum tempus* não podia converter o direito do locatário num *ius in re* (“... *magis est, ut nec ex temporis longioris adjectione ullum conductori quaeratur jus in re...*”); deste modo, e em qualquer caso, o *conductor* apenas tinha o direito de exercer a acção pessoal derivada do contrato contra o locador ou seus herdeiros: “*Neque dubitandum videtur, quin, locatione in decennium, vicennium, longiusve tempus contracta, locator ac heredes ejus personali actione conducti compellendi sint...*”²¹⁰⁵. Consequentemente, quem estava proibido de alienar não deixava de poder locar por longo tempo: “*Nec dubitem, quine x iisdem principiis jam propositis decidenda sit quaestio, utrum alienare rem prohibitus eandem possit in tempus longum locare*”²¹⁰⁶.

Embora com algumas entorses, o rigorismo exegético-conceitual foi crescentemente pontuando este labor da Jurisprudência Elegante. Os quadros humanistas, que haviam encontrado terrenos tão férteis nos Países Baixos, repudiavam sem surpresas o expediente tipicamente medieval que era a *locatio ad longum tempus*. Na verdade, a sociedade marcadamente mercantil dos territórios neerlandeses dos séculos XVII e XVIII estava bem distante da economia ainda predominantemente fundiária em que os Glosadores e os Comentadores tinham vivido e na qual a conquista

Quaestio XI, pp. 330-331: “*Nisi conductor ad longum tempus conduxerit, ut Emphyteuta, conductor vel 10. vel plures annos, cum enim tales habent jus in re, non possunt expellere; & ratio est quia si caderent a possessione, possent utili reivindicacione agere ad recuperationem cum habeant ut dictum jus in re, & utilis sint domini* [D.6,3]”.

²¹⁰³ JOHANNES ARNOLD CORVINUS, *Digesta per Aphorismos Strictim Explicata*, editio postrema, Ex officina Elzeviriana, Amsterodami, 1664, ad D.19,2, p. 259

²¹⁰⁴ *Decisiones Frisicae*, cit., Lib. III, Tit. VI, *Definitio X*, p. 253.

²¹⁰⁵ JOHANN VOET, *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus*, cit., ad D. 19,2, n° 1, p. 667.

²¹⁰⁶ JOHANN VOET, *Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus*, cit., ad D. 19,2, n° 1, p. 667.

da propriedade pelo trabalho, com o objectivo do fomento agrícola, se revelara uma necessidade²¹⁰⁷.

²¹⁰⁷ Recorde-se ALMEIDA COSTA, *Os Contratos Agrários*, cit., pp. 113 e ss..

1.2.5 – O *Usus Modernus Pandectarum*²¹⁰⁸

1.2.5.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Os juristas do *Usus Modernus* seguiram, numa primeira fase, a opinião comum dos Doutores. Para Autores como GEORG FRANTZKE, WOLFGANG ADAM LAUTERBACH, JOHANNES BRUNNEMANN, STRUVIO e SAMUEL STRYK – a lista é, obviamente, exemplificativa –, o cumprimento das obrigações de *facere* não podia ser coercivamente efectuado, restando ao credor uma indemnização por danos²¹⁰⁹.

Na sua exposição, FRANTZKE distinguia as obrigações de dar (que baseiam uma condenação em coisa certa) das de fazer, cuja execução não podia ser forçada, pois implicavam uma condenação em algo incerto: “*Differunt potissimum in eo obligationes dandi & faciendi, quod illae cum certae sint arg. [D.45,1,75] praecisam in re certa non aestimationem condemnationem contineat: Hae quia incertae, non tam de facto quam quod revera interest, conceptae intelliguntur adeoque nec sententia praecise ad faciendum ferri possit*”²¹¹⁰.

No mesmo sentido, e seguindo FRANTZKE, pronunciava-se LAUTERBACH (ao mesmo tempo que equiparava o dever de entrega da coisa vendida às *obligationes dandi*): “*Nam in Stipulationem Dandi sive rerum promissor praecise obligatur ad ipsam rem, quae est in obligatione (...) nec interesse praestando liberatur. Unde etiam venditor, qui rem tradere promisit, praecise ad id obligatur (...) In Stipulatione vero faciendi promissor praecise ad factum non obligatur, nec ad id praestandum cogi potest; sed liberator praestando id quod stipulatoris interest, factum non esse*”²¹¹¹.

²¹⁰⁸ A ciência do direito comum na Alemanha consolida-se nos séculos XVII e XVIII com uma “*tradição coerente e firme*”, fundada em gerações de juristas de orientação prática que estudaram o direito romano numa perspectiva da sua aplicação ao tempo em que se encontravam, aproveitando por vezes os contributos das coevas reflexões jusracionalistas (embora a coincidência de postulados não tenha sido forçosa, dada a pura especulação teórica das últimas e as finalidades da Escola). Outro ponto conexo era a coordenação desses elementos com o *ius hodiernum*, isto é, o direito alemão. Sobre o *Usus Modernus Pandectarum*, cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 392-394, ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., pp. 459-461, SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., pp. 53-54, RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., pp. 55-56, MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 112-116, WIEACKER, *História*, cit., pp. 225-230 e 237 e ss. (de onde retirámos a transcrição – p. 226), WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 186 e ss., ou CAVANNA, *Storia*, I, pp. 464-466.

²¹⁰⁹ Vide, nomeadamente, as indicações de NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 549.

²¹¹⁰ *Exercitationes Juridicae XIV*, editio secunda, Typis Petri Schmidii, Arnstadi, 1667, p. 621 (Exercitatio undecima, Quaestio 1 – sendo respondente desta *exercitatio* CHRISTOPHORO DERSHOVIO).

²¹¹¹ *Collegi Theorico-Practici, Pars Tertia*, editio secunda, Sumptibus Johannis Georgii Cottae, Tubingae, 1715, ad D.45, 1, §39, p. 711.

Também BRUNNEMANN reafirmou que “*Quod in obligationibus facti nemo praecise teneatur ad factum, sed possit praestando interesse se liberare*”²¹¹².

STRUVIO continuava a traçar uma distinção vincada entre a realização coactiva das obrigações de *dare* e de *facere*: as últimas não permitiriam ao credor a execução em espécie, mas apenas alcançar um valor pecuniário (“*Obligatur vero quis in stipulationem dandi ad rem promissam, si habet, praestandam, nec liberatur praestandum interesse (...) In stipulatione vero faciendi obligatur quis quidem ad faciendum, sed, si non facere velit, praestando id, quod interest, liberatur*”)²¹¹³, visto que o contrário implicaria uma violência diminuidora da liberdade dos cidadãos (“... *ex ratione communi, quod coactio ad factum fieri non possit sine vi, hanc vero cum civis Romani libertatem minuat...*”, acrescentou PAUL MÜLLER)²¹¹⁴.

SAMUEL STRYK, não obstante dar nota da opinião diversa (nomeadamente a de GROENEWEGEN), estendia a quaisquer pactos o regime da *stipulatio* constante de D.42,1,13,1, uma vez que aqueles não mereceriam maior eficácia do que a última: “... *quod hodie factum promittens praecise ad illud implendum adigi possit, nec liberetur praestando interesse; uti sensit GROENEWEGEN [sic] (...) Nam Jure Romano, non tantum qui pacto, sed & qui stipulationem alliove validissimo contractu se obligaverat ad factum, non praecise compellebatur ad ejus implementum, sed liberabatur offerendo interesse [D. 42,1,13,1] (...) Non ergo major efficacia hoc passu tribuenda pacto, quam stipulationi*”²¹¹⁵.

Era, também, a posição de MELLO FREIRE, escorada em LAUTERBACH: “*In obligationibus faciendi debitor praestando id, quod stipulatoris interest, liberatur. Lauterbach. ad tit. de verbor. obligat. n 39. (Tit. II, § V. h. lib.)*”²¹¹⁶.

Como seria de esperar, esta tendência foi fortemente criticada por CHRISTIAN THOMASIIUS²¹¹⁷ (como melhor se compreenderá no capítulo reservado às doutrinas

²¹¹² *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum, Tomus Secundus*, Apud Wilhelmum Smidt, Friburgi, 1714, ad D.45,1,72, n° 2, p. 337.

²¹¹³ STRUVIO, *Syntagmatis Juris Civilis, Pars Tertia et Ultima, a Libro ff. 39. Usque ad finem*, cum additionibus PETRI MÜLLERI, editio tertia, Typis Johannis Benjam. Andreae, Francofurti & Lipsiae, 1738, ad D. 45, 1, § XXII, p. 564.

²¹¹⁴ STRUVIO, *Syntagmatis Juris Civilis, Pars Tertia et Ultima*, cit., p. 565, nota 9 da p. anterior. Cf. HALLEBEEK/MERKEL, cit., pp. 81-82.

²¹¹⁵ *Specimen Usus Moderni Pandectarum, Ad Libros V. Priores*, Editio VII, Sumtibus Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1730, ad D.2,14, § X, p. 278.

²¹¹⁶ *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum publici tum privati. Liber IV. De Obligationibus et Actionibus*, Ex Typis Academicis, Conimbricae, 1845, Tit. V, § III, p. 60. Sobre a influência exercida pela corrente do *Usus Modernus* em MELLO FREIRE, vd. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Melo Freire*, in “Dicionário de História de Portugal”, direcção de JOEL SERRÃO, vol. IV, Livraria Figuerinhas, Porto, pp. 249-251.

jusracionalistas). E JUSTUS HENNING BÖHMER, no seu *Ius Ecclesiasticum Protestantium*, afastar-se-á decisivamente da solução romana – todas as prestações, independentemente da sua natureza, estavam sujeitas a execução específica, pois o devedor comprometeu-se a prestar um facto e não a pagar uma indemnização. A axiologia cristã inerente à obra em causa e o influxo jusracionalista não serão alheios a esta concepção de intocabilidade (“*sanctity*”) da execução específica²¹¹⁸: “*Qui promittit factum, se ad faciendum obligat, non interesse promittit*”²¹¹⁹.

No fim da centúria de setecentos, os Autores tardios da corrente já defenderão a execução específica como solução com carácter geral. Destacam-se os nomes de LUDWIG JULIUS FRIEDRICH HÖPFNER e de CHRISTIAN FRIEDRICH VON GLÜCK²¹²⁰.

HÖPFNER (um cultor do direito natural, sublinhe-se) era peremptório: não permitir a execução específica das obrigações de *facere* seria contrário à razão e não teria fundamento legal, pois a lei (isto é, o direito romano), permitindo ao devedor o pagamento de montante indemnizatório, não determinava que o credor se tivesse de satisfazer com ele (“*Fast alle ältern, auch einige neuern Juristen behaupten, wer eine factum versprochen habe, könne nich belangt werden, es zu thun, sondern der Promissarius müsse auf das Interesse klagen. Allein diese Meynung is nicht nur vernunftwidrig (...), sondern wird auch durch kein Gesetz begründet. Diese Gesetze sagen nur, wer ein versprochenes Factum nicht leiste, sey schuldig, das Interesse zu prästiren; sie sagen aber nicht, das der Promissarius schuldig sey, sich das mit zu begnügen*”)²¹²¹.

Para GLÜCK, por seu turno, o vínculo jurídico imanente às obrigações de *dare* ou de *facere* não apresentava qualquer diferença; por isso, quer o direito natural, quer o direito positivo, exigiriam o respeito da promessa feita, não tendo o credor de se contentar com uma indemnização por mero equivalente no caso de não cumprimento:

²¹¹⁷ *Dissertatio Inauguralis Juridica, An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, Joh. Christ. Hilligeri, Acad. Typ., Hallae Magdeburgicae, 1721, §§ XLI e ss., pp. 37 e ss.

²¹¹⁸ Cf. JANWILLEM OOSTERHUIS, *Industrialization and Specific Performance in the German Territories during the 19th Century*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, pp. 99 e 125.

²¹¹⁹ *Ius Ecclesiasticum Protestantium*, Tomus III, editio quarta, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1747, Lib. IV, Tit. I, § XLVIII (p. 1112).

²¹²⁰ Neste sentido, por exemplo, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 549-550, RÜTTEN, ob. cit., p. 944, e OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., pp. 100-101.

²¹²¹ *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, 7ª edição por ADOLPH DIETRICH WEBER, Varrentrapp & Wenner, Frankfurt am Main, 1803, § 743, pp. 818-819.

“zwischen der obligatio ad dandum und ad faciendum in Absicht auf das vinculum iuris keinen Unterschied machen. So gewiß es nun aber ist, daß der Promissor sowohl nach natürlichen als positiven Gesetzen verbunden ist, sein Versprechen genau zu erfüllen”²¹²².

Quanto à obrigação fundamental a cargo do locador, verificou-se um desencontro de opiniões (atestado por THOMASIIUS: “*Usum habet quaestio in controversia: utrum v.g. locator teneatur ad traditionem rei locatae*”²¹²³), mas com significativo crescimento do número de vozes opostas à doutrina tradicional e que preconizavam o direito do locatário ao cumprimento em espécie enquanto a prestação fosse possível²¹²⁴, na senda do espanhol ANTONIO GÓMEZ.

Mantiveram-se fiéis ao direito romano FRANTZKE (“... *ut locator & praestet rem uti frui licere vel id solvat quod interest...*”)²¹²⁵, JOHANN SITHMANN (“*Conductori competit actio conducti contra locatorem. Ut faciat sibi re conducta uti, frui, vel interesse praestet...*”)²¹²⁶ ou CHRISTOPH HAUNOLD (“... *actio conducti adversus Locatorem ad hoc re conductam uti frui licere praestet, aut interesse solvat*”)²¹²⁷. Parece-nos que não foi diferente o entendimento de HEINRICH VON COCCEJI ao apontar a *actio conducti* como meio de exigir a prestação do uso da coisa: “*Conducti conductori ad usum praestando*”²¹²⁸

Entre os defensores da realização coactiva salientamos LAUTERBACH (“*Neque si facultatem tradendi habet, interesse praestando liberatur; sed regulariter rem utendam praecisè tradere tenetur*”)²¹²⁹, BRUNNEMANN (“*Neque tamen, si facultatem tradendi habet Locator, interesse praestando, liberatur, sed praecise rem utenda,*

²¹²² *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld; ein Commentar*, vol. IV – 2, in der Palm’schen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1843, ad D.2,14 (*De pactis*), § 316, pp. 307-308.

²¹²³ CHRISTIAN THOMASIIUS, *Notae ad Institutiones Justinianeas*, Prostat in Officina Rengeriana, Halae Magdeb., 1712, ad I.3,16, p. 216.

²¹²⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 141.

²¹²⁵ *Commentarius In Viginti et Unum Libros Pandectarum Juris Civilis Priores*, Sumptibus Christiani Weidmanii, Francofurti & Lipsiae, 1678, ad D.19,2, n° 223, p. 627.

²¹²⁶ *Nucleus Juris Civilis Ex Institutionum*, Typo & Sumtu Joan. Valentin Rheten, Stetini, 1650, ad I.3,24(25) pr., pp. 167-168.

²¹²⁷ *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, Apud Joannis Simonis Knab, Typographi Academici, p. m. Viduam, Ingolstadii, 1672, *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia XXII*, n° 578, p. 183.

²¹²⁸ *Hypomnemata Iuris ad seriem Institutionum Sacratiss. Imper. Iustiniani*, Sumptibus Jeremias Schrey & Henrici Johanni Meyeri Haered., Francofurti ad Viadrum, 1692, ad I.3,25(24), n° 4, p. 109.

²¹²⁹ *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, editio tertia, Sumptibus Johannis Georgii Cottae, Tubingae, 1714, ad D.19,2, § LXXIII, p. 1383 (sendo citados GÓMEZ e ZOESIO).

regulariter tradere tenetur)²¹³⁰, ANDREAS WEGE (“... *an habeat facultatem tradendi (...) regulariter praecise totam rem utendam frudendam conductori tradere tenetur, nec solvendo interesse liberatur*”)²¹³¹, JOHANN JOACHIM SCHÖPFFER (o locador só pode libertar-se da prestação mediante pagamento de indemnização se aquela não for possível: “*Et res praecise tradibet, si possit, ut nec interesse praestatione se liberare locator*”)²¹³², JAKOB FRIEDRICH LUDOVICI (“*In locatione rerum locator ad usum rei concedendum praecise obligatur*”)²¹³³ e JOHANN CHRISTIAN QUISTORP/HEINRICH JOHANN WALTHER (“*contra locatorem ex conducto agat, ad rem ad usum tradendam, cum in locatione rerum locator praecise ad usum rei tradendum obligetur V. ZOESIUS*”²¹³⁴; “*Sicuti locator obligatus est, ad rem locata conductori praecise ad usum tradendam*”²¹³⁵).

Encontra-se, no mesmo sentido, uma decisão coetânea (13 de Março de 1657) proferida pelo Supremo Tribunal de Wismar, segundo a qual o senhorio não devia reter as dependências locadas, podendo ser compelido à sua entrega (“*Locator post locationem aedium pro suis usibus retinere nequit, nisi reservatum, & ut vacuas praestare tenetur*”)²¹³⁶.

Apesar de os jurisconsultos da primeira fase do *Usus Modernus* adoptarem a regra da *condemnatio pecuniaria* das obrigações de *facere*, o fundamento para a mudança de perspectiva que ia acenando residiu na analogia entre as prestações do vendedor e do locador – o que, como se observou, possuía raízes na exposição de GÓMEZ. Tal como os juristas medievais tinham aplicado o regime das *obligationes dandi* ao *tradere* da coisa vendida (o que se firmou como opinião comum), concluía-se agora que, à semelhança da compra e venda, também a entrega da *res* locada não implicava qualquer coacção servil do *locator* e, por isso, podia ser coercivamente

²¹³⁰ *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, I, Apud Johannem Thenet, Lugduni, 1714, ad D.19,2,15,1, nº 3, p. 561, citando-se ZOESIO, GÓMEZ e LAUTERBACH.

²¹³¹ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. VI, nº 33, p. 203. WEGE invoca os contributos de GÓMEZ e de BRUNNEMANN.

²¹³² *Synopsis Juris Privati Romani et Forensis*, Sumptibus Joh. Conr. Peezii & Baderi, Ratisbonae, 1734, ad D.19,2, nº 77, p. 320, com citação de LAUTERBACH.

²¹³³ *Usus Practicus Distinctionum Iuridicarum Juxta Ordinem Digestorum Adornatus, Pars II*, editio tertia, Sumptibus Orphanotrophei, Halae Magdeburg., 1717, ad D.19,2, *Distinctio I*, p. 68 (escorando-se em ZOESIO).

²¹³⁴ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, Litteris Adlerianis, Rostochii, 1766, § 2, p. 5.

²¹³⁵ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, cit., § 7, p. 12.

²¹³⁶ O aresto foi recolhido por DAVID MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, Ex Officina Zunneriana, Francofurti ad Moenum, 1726, *Pars V, Decisio CXXVI*, p. 560. Vd. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 141-142.

realizada *in natura*²¹³⁷: a obrigação de proporcionar o gozo da coisa já não era considerada um *facere*²¹³⁸.

1.2.5.2 – A tutela possessória do locatário

Espelhando a preservação pelo *Usus Modernus* do *corpus* e do *animus* como requisitos da posse²¹³⁹, a maioria dos representantes desta corrente negou ao locatário a qualidade de possuidor e, conseqüentemente, não lhe reconheceu o direito de defesa por intermédio do *interdictum unde vi*²¹⁴⁰. Assim se pronunciaram, por exemplo, WILHELM LUDWELL²¹⁴¹, BRUNNEMANN²¹⁴², LAUTERBACH²¹⁴³, STRUVIO²¹⁴⁴, WEGE (que invocava a opinião comum dos Doutores)²¹⁴⁵, JOHANN NIKOLAUS HERT (“... *coloni veram non esse possessionem, nec eum interdicto unde vi, experiri non restitui*”)²¹⁴⁶, SAMUEL VON COCCEJI²¹⁴⁷, HEINÉCIO (“... *hoc interdictum (...)*

²¹³⁷ Cf. LAUTERBACH, *Collegi*, cit., D.19,2, § LXXIII, p. 1383: “... *hic contractus simili sit emptioni, & res transferri queat sine servili coactione...*”.

²¹³⁸ Com efeito, LUDOVICI, *Usus Practicus*, II, cit., ad D.19,2, *Distinctio* I, p. 68, apresentava o regime oposto (o da condenação pecuniária) para a *locatio operarum*: “*at vero in locatione operarum liberatur, modo interesse praestet*”.

²¹³⁹ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 387; COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., pp. 279-281.

²¹⁴⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 142.

²¹⁴¹ *Commentarii in Imperatoris Justiniani Institutionum Libros Quator*, editio secunda, Typis et Sumptibus Georgi Hagen, Altdorphi Noricorum, 1662, ad I. 4, 15, 4, n° 2 (“... *nudo detentatoribus (...)* haec interdicta non competere; quoniam hi non possident (...) sed in possessionem tantum sunt”) e n° 3 (“*Minus movet, quod interdictum unde vi competat colono, commodatario & similibus alieno nomine detinentibus*”), p. 642.

²¹⁴² *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, Expensis Antonii Servonii, Neapoli, 1778, ad C.4,65,15, n° 2, p. 703 (“*Conductor proprie non possidet, licet in possession sit*”); *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum, Tomus Secundus*, cit., ad D. 43,16,1, n° 6, p. 304 (“*Non datur colono*”).

²¹⁴³ “*Qui saltem sunt in possessionem (...) sed nude tantum detinent, quales sunt Coloni, Inquilini (...) hoc interdictum non datur*”: *Collegi Theorico-Practici, Pars Tertia*, cit., ad D. 43,16, n° VIII, pp. 487-488.

²¹⁴⁴ *Syntagmatis Juris Civilis, Pars Tertia et Ultima*, cit., ad D. 43, 16, § CIII, p. 348: “... *non possum hoc interdictum experiri (...) qui solum detinet, v. g. colono*”. Veja-se, ainda, da pena de MÜLLER, a nota μ) ao § CIII, p. 349: “*colonus non habet hoc interdictum*”.

²¹⁴⁵ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, n° 66, p. 618: “... *an conductor competat (...) remedium possessorium? Negativae sententiae communiter Dd subscribunt, & nituntur potissimum eo fundamento, quia nullus habet interdictum recuperandae possessionis, nisi possideat (...) Conductor autem non possidet (...) Magna enim in jure est differentia inter possidere, & in possession esse (...)*”.

²¹⁴⁶ *Responsa et Consilia*, collegit, revidit & edidit filius Johannes Jeremias Hertius, Apud Joh. Benj. Andreae, & Henr. Hort., Francofurti ad Moenum, 1729, *Responsum CCXXIX*, n° 4, p. 424.

²¹⁴⁷ *Jus Civile Controversum*, editio quarta, Sumptibus Societatis, Francofurti & Lipsiae, 1779, ad D.19,2, *Quaestio XXXII*, p. 835 (“*An in locatione vera possessio transferatur? Negatur: Haec enim est quando quis animo sibi habendi tenet; colonus autem non suo sed locatoris nomine possidet*”), *Quaestio XLI*, p. 838 (“*Atque hinc conductorem nullo remedio possessorio contra locatorem uti posse communiter tradunt Doctores*”).

non detur deiecto procuratori vel colono...”²¹⁴⁸ e JOHANN WILHELM VON GÖBEL (“*Ad conductorem non transire possessionem juridicam, cum non animo sibi habendi detineat. Hinc jus Rom. non dicit, conductorem possidere, sed saltem in possessione esse (...) Ex hoc fundamento conductor etiam interdicta jure Romanum denegantur*”)²¹⁴⁹.

Entre nós, MELLO FREIRE não destoava: o locatário tinha a mera detenção porque possuía em nome de outrem (“*Possessio (...) quare distinguenda est a simplici detentioni, et a detentione habita alieno nomine (...) colonus, inquilinus, procurator, cet., rem detinent, sed vere non possident, [OF 3,45,10]: em cujo nome possue*”)²¹⁵⁰. O exercício do *interdictum unde vi* era-lhe reconhecido apenas se o esbulho afectasse simultaneamente o *dominus* ou, nos termos de C.8,5,1, se este estivesse ausente: “*Interdicto recuperande, quod unde vi vocari solet (...) Datur (...) simplici etiam detentori, veluti colono, si cum domino ipse simul dejectus est, et conductori quoque, locatore absente [C. 8,5,1]...*”²¹⁵¹. Uma expulsão efectuada pelo locador (ou por terceiro, mas que não o afectasse) não permitia ao arrendatário, portanto, qualquer defesa de índole possessória.

Como seria expectável, C.8,4,7²¹⁵² não contrariava a solução²¹⁵³: BRUNNEMANN mencionava expressamente a *constitutio* a propósito de “*aliquod remedium possessorium*” que o *conductor* “*non habet*”²¹⁵⁴ e GEORG DAVID BÜSSER, referindo-se aos detentores em geral, seguia o diapasão: “*...detentorem a tertio aliquo deiectum esse supponimus; ipse quidem ex hac lege contra deicientem agere & poenam exigere nequit*”²¹⁵⁵.

Contra a corrente levantaram-se as vozes de BÖHMER e de AUGUSTIN LEYSER²¹⁵⁶.

No *Responsum MXIV de Consultationum et Decisionum Juris* (sob o *thema* “*Interdictum unde vi datur etiam colono*”), BÖHMER considerava que a posição do

²¹⁴⁸ *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Pandectarum*, in “*Operum*”, Tomus Sextus, Sumptibus Fratrum de Tournes, Genevae, 1768, ad D.43, 16, § CCCXIII, p. 638.

²¹⁴⁹ *Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, Typis Drimbornianis, Helmstadii, 1742, § CCXXXI, p. 150.

²¹⁵⁰ *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum Publici tum Privati. Liber III. De Jure Rerum*, Ex Typis Academicis, Conimbricæ, 1845, II, § 5, pp. 14-15.

²¹⁵¹ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum Publici tum Privati. Liber IV*, cit., VI, § XXXI, p. 90.

²¹⁵² Sobre a genérica perda de importância de C.8,4,7 no período do *usus modernus*, COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., pp. 284-285.

²¹⁵³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 146.

²¹⁵⁴ *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4, 65, 15, nº 2, p. 703.

²¹⁵⁵ *Ad L. Si Quis In Tantam VII. C. Unde Vi*, Typis Georgii Ludovici Schulzii, Goettingæ, 1752, § XVIII, p. 49.

²¹⁵⁶ Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 142-143.

colonus era equivalente à *quasi possessio*, sendo justo que, como tal, fosse protegida: “... *colonus (...) in quasi possessioni, seines Pacht Rechts gemesen, daher derselbe billig haben zu schutzen gemesen*”²¹⁵⁷.

LEYSER criticava, por seu turno, a falta de fundamento da distinção entre posse e detenção (“... *interpretes non potuerunt meliore rationem tollere, quam ut possessionem in genere consideratam subdividirent in nudam detentionem & possessionem in specie sic dictam*”): ambas deveriam ser tuteladas do mesmo modo (“... *quod ad praecipuum possessionis effectum, remedia nempe possessoria, nudus detentor a possessore in specie dicto, qui nempe animus sibi habendi habet, vix differt, quum uterque iis remediis gaudeat*”), lembrando o Autor o concreto exemplo do locatário (“*Exemplum de conductorem in praesens memorabo*”)²¹⁵⁸.

Apontava LEYSER uma contradição entre D.43,16,1,10²¹⁵⁹ (onde ULPIANUS afasta do *colonus* os *interdicta*), por um lado, e, por outro, D.43,16,12-18 pr. e C.8,5,1 (que lhe permitiam actuar perante ataques provenientes de terceiros), sanável, na sua opinião, através da concessão dos *remedia possessoria* apenas contra *tertium* e não frente ao *locator*: “... *Ulpianum vere a Marcello, Papiniano & Constantino dissentire, nec conciliationis spem esse. Sed nunc, pugnam sic commode tolli posse, credo (...) Ea [remedia possessoria] autem contra tertium salte turbantem vel dejicientem exercet, non etiam contra ipso locatorem & dominum*”²¹⁶⁰.

Seguindo expressamente LEYSER, ESTOR reconhecia ao detentor o direito ao exercício dos meios possessórios: “*Der Beständer kan wegen des besitzes an der bestandene alle dahin gehörigen rechts-mittel gebrauchen, wie solche der heutige gerichtsbrauch mit sich bringet, von Leyser specim. 451...*”²¹⁶¹.

Ademais, como nota BRUNS²¹⁶², outros Autores houve que retiraram de D.43,16,12-18 pr. uma genérica protecção interdital do *conductor*²¹⁶³. Refiram-se, nessa

²¹⁵⁷ *Consultationum et Decisionum Juris, Tomi II, Pars II*, editio II, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1758, *Responsum* MXIV, nº 8, p. 365. A ideia da equiparação do *colonus* ao *quasi possessor* já estava presente em NICHOLAUS CHRISTOPH VON LYNCKER, *Consilia Seu Responsa*, Typis Jo. Dav. Wertheri, Jenae, 1704, *Responsum* LXVII, nº 16, p. 475: “... *er dennoch in quasi possessione seines Pacht Rechts ist...*”.

²¹⁵⁸ *Meditationes ad Pandectas, Volumen VII*, editio tertia, Apud Joh. Christophorum Meisnerum, Lipsiae et Guerlpherbyti, 1744, *Specimen CCCCLI*, ad D.41,2, p. 119. Sobre o destacado papel de LEYSER na crítica da tradicional dogmática da posse, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 387.

²¹⁵⁹ Cf. *supra*..

²¹⁶⁰ *Meditationes ad Pandectas, Volumen VII*, cit., *Specimen CCCCLI*, ad D.41, 2, pp. 119-120.

²¹⁶¹ JOHANN GEORG ESTOR, *Bürgerliche rechtsgelehrsamkeit der Teutschen, Andrer Teil*, im Verlage Immanuel Weldigens, Marburg, 1758, § 4553, p. 684. Cf. GENIUS, ob. cit., p. 143.

²¹⁶² *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 387, nota 3.

perspectiva, JOHANN GOTTFRIED SCHAUMBURG (“... *utrum suo, alieno nomine, possessor rem habuerit, cum & dominus ipse, cujus rem quis ex contractu tenet, hoc interdicto teneatur* [D.43,16,12-18 pr.]...”)²¹⁶⁴ e QUISTORP/WALTHER, académicos de Rostock que, perante a hipótese de uma expulsão pelo locador sem recurso à via judicial, afirmavam que o *conductor* poderia reagir através do *interdictum unde vi*: “*Caveat autem locator, ne conductorem propria vi ac privata auctoritate expellat (...)* *conductor se in tali casu interdicto unde vi tueri possit* [D.43,16,12-18 pr.]”²¹⁶⁵.

Num sentido que não nos parece diferente, DIETRICH WILHELM MATTHIAE/HEINRICH WERNER BEERMANN negavam que uma indemnização por equivalente pudesse ser a contrapartida do despejo antecipado sem causa (“*An vero locator teneatur ad interesse, quando Conductorem expellit? Sane si fiat ex causa jure non probata ad interesse praestando obligari locatorem facile constat, tenetur enim Locator ad hoc, ut Conductori liceat rem habere, imo hoc casu Conductorem non potest expellere etiamsi ei offerat interesse...*”)²¹⁶⁶. Preconizavam, desse modo, um direito de resistência do arrendatário contra o senhorio, o que se apoiava na lição de BARTOLOMEU DE SALICETO (“... *si auctoritate propria ipsum ejicere audeat potest inquilinus Locatori resistere. Salic. ad [C.4,65,3] n. 6*”)²¹⁶⁷. É óbvio, todavia, que o texto do jurista medieval, ao apontar, designadamente, D.43,16,12 (“*Quero quid si nullus casus ex his interveniat an poterit inquilinus locatori resistere. Dico quod sic ut in gl. [D.43,17,3,3; D.43,16,12]*”)²¹⁶⁸, não tinha a amplitude pretendida pela dissertação tardo-seiscentista.

Mas, se o reconhecimento da possibilidade de utilização dos meios possessórios interditaes ainda foi algo acanhado (embora bem mais lato do que anteriormente), a prática jurídica coetânea não deixou de providenciar expedientes de defesa ao arrendatário.

²¹⁶³ O que também fora feito pelo italiano FRANCESCO NEGRI CIRIACO, como se observou, *infra*, II.1.2.2.2.

²¹⁶⁴ *Compendium Juris Digestorum cum Iure Codicis et Novellarum Nec Non Iure Patrio Collati ad Usus Modernum Accomodatum et Observationibus Practicis Multo Pluribus Illustratum, Pars Posterior*, editio secunda, Impens. Ioan. Adam Melchioris Viduae, Ienae, 1751, ad D.43,16, § III, p. 412.

²¹⁶⁵ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., § 13, p. 19.

²¹⁶⁶ *Dissertatio Inauguralis de Jure Expellendi Conductorem Ante Tempus*, Literis Groschianis, Erfurti, 1693, *Thesis XXI*, pp. 25-26.

²¹⁶⁷ MATTHIAE/BEERMANN, *Dissertatio Inauguralis de Jure Expellendi Conductorem Ante Tempus*, cit., *Thesis XXI*, p. 26.

²¹⁶⁸ BARTOLOMEU DE SALICETO, *Lectura Super Quarto Codicis*, cit., ad C.4,65,3.

Entre eles contava-se o *remedium* escorado no cânone *Redintegranda*²¹⁶⁹, em cuja sede a legitimidade activa do *conductor* era admitida por HERT (“*Commodatarius, & multo magis conductor ex remedio can. redintegranda: si is rebus commodatis vel locatis una cum propriis, maxime si absen sit, spoliatur, ante omnia est restituendus*”)²¹⁷⁰, JOHANN HEINRICH VON BERGER²¹⁷¹, JOHANNES BALTHASAR WERNHER (“*Exceptio spoli, etiam conductori, competit*”)²¹⁷² e já por um *responsum* da “*Facultatis Iuridicae Wittenbergensis*”, datado de Abril de 1689 (“*Remedium C. Redintegranda C. 3. qu. 1. etiam Laicis competit. Datur etiam omnibus detentoribus nudis, et male fidei possessoribus*”)²¹⁷³.

Também LEYSER apontava o direito canónico como forma de colmatar, por motivos de equidade, as lacunas do *ius civile*, permitindo-se ao *conductor* reagir contra a violência do locador (“*Ita de jure civili, quod utique durum est, quum aequitati conveniat, conductore etiam in detentione sua, si ea legitima sit, contra domini violentiam injustam defendi. Sed, quod juri civili defuit, suppletum est in jure canonico, atque remedia possessoria conductori adversus ipsum locatorem & dominum vim facientem tributa fuerint...*”)²¹⁷⁴. E, em abono da posição, citava uma *sententia* da *Helmstädter Fakultät*, de Agosto de 1727: quando o *colonus* detinha a *res*, “possui verdadeira e naturalmente”; se tal posse fosse turbada ou impedida, podia lançar mão do *remediorum possessorium* contra o *locator* (“... *quo conductor non a tertio, sed ab ipso locatore & domino dejectus fuerat (...) ein Pächter, der das gespachtete Guth inne hat, solches wahrhaftig und naturaliter besitzt, mithin, daferne er in solcher Possession turbiret oder daraus gesetzt wird, sich der remediorum possessorium bedienen kan...*”)²¹⁷⁵.

²¹⁶⁹ Acompanhamos GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 143-144 e 147. Cf., igualmente, HERMANN BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethen nach gemeinem Recht*, Hermann Böhlau, Weimar, 1877, p. 15 nota 6.

²¹⁷⁰ *Responsa*, cit., *Responsum CCXXIX*, III, p. 424.

²¹⁷¹ “... *condictio ex canone redintegranda (...) et datur omni, cui sine causa res ablata est, etiam laico, et cuius malae quoque fidei detentori*”; “*si locator spoliarit conductorem, utpote qui ante omnia est restituendus (...) restitutio spolio, via iudicialia experiatur; condictio ex can. Redintegranda est in rem scripta ...*”: *Oeconomia Iuris ad Usus Hodiernum Accomodati*, editio sexta, Sumptibus Haeredum Lanckisianorum, Lipsiae, 1755, respectivamente Lib. II, Tit. VI, III, nota 1, p. 426, e Lib. III, Tit. V, XXVI, nota 1, pp. 543-544.

²¹⁷² *Enunciata Fori Hodierni*, Apud Christ. Theoph. Ludovicum, Vitembergae, 1725, *Part. II, Enunciatum CCXCVI*, p. 577.

²¹⁷³ Vd. CASPAR HEINRICH HORN, *Consultationum, Responsorum ac Sententiarum, Liber Unus, In XVI Classes Distributus*, Sumptibus Johannis Christophori Zimmermanni & Johannis Nicholai Gerlachii, Dresdae & Lipsiae, 1726, *Classis IX*, II, n° IV, p. 522.

²¹⁷⁴ *Meditationes ad Pandectas, Volumen VII*, cit., *Specimen CCCCLI*, ad D. 41, 2, p. 120.

²¹⁷⁵ *Últ. ob. cit.*, *Specimen CCCCLI*, ad D. 41, 2, p. 121.

No mesmo sentido foi a *praxis* judicial germânica, conforme depunham WEGE (“...si locator ante finitum locationis tempus conductorem de facto expelleret & dejicerit, an conductori competat actio spoli (..)? (...) Affirmativa tamen in foro & praxi recepta est, ut hodie conductori a locator expulso competat tum exceptio, tum actio spoli”) ²¹⁷⁶ e LEYSER (“Et hoc in foro sequimur”) ²¹⁷⁷. A isto não obsteu a acesa crítica de BÖHMER à *actio spoli* ²¹⁷⁸, que a qualificou como fruto de uma errada interpretação do cânone *Redintegranda*: “*Uterius vero interpretes progressi, remedium sibi novum per errorem construxere ex c. redintegranda C.3. q.1*” ²¹⁷⁹. Claro que essa posição não prejudicava o locatário, pois, como se expôs, BÖHMER equiparava-o ao *quasi possessor* ²¹⁸⁰.

A propósito do *summariissimum*, atribuído ao *conductor* “[i]n foris Germaniae”, atestava GÖBEL: “*In foris Germaniae in possessorio summanissimum sufficit nuda detentio*” ²¹⁸¹. Mas SAMUEL VON COCCEJI informava que o Tribunal de Halberstadt não concedera o *sumarissimum* ao *conductor* porque este não era possuidor (“*Atque ex his rationibus conductor allegans summariissimum contra locatorem in Curia Halberstadiensi causa cecidit...*”) ²¹⁸².

1.2.5.3 – A extinção do contrato pelo locador

A limitação da extinção antecipada do contrato ao preenchimento das hipóteses constantes de C.4,65,3 e de D.19,2,54,1 foi reafirmada pelos Autores que constituíram o *Usus Modernus Pandectarum* ²¹⁸³.

Assim, na fase inicial da escola, ERNST COTHMANN/JOHANN HINCIUS já proclamavam, em termos muito claros, a regra de que um despejo antecipado era ilícito, embora com as quatro exceções presentes desde o direito romano: “*Si ad Certum tempus aedes locatae sint, puta ad triennium, an conductorem ante lapsum illius termini*

²¹⁷⁶ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, n° 66, p. 618 e n° 67, p. 619.

²¹⁷⁷ *Meditationes ad Pandectas, Volumen VII*, cit., *Specimen CCCCLI*, ad D.41, 2, p. 120.

²¹⁷⁸ Sobre tal crítica de BÖHMER, cf. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 286, nota 16.

²¹⁷⁹ BÖHMER, *Introductio in Ius Digestorum, Pars Altera*, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1756, ad D.43,16, n° 11, p. 431.

²¹⁸⁰ Veremos, *infra*, II.3.6.2, que a crítica deste Autor do *Usus Modernus* ainda será invocada no século XIX por sequazes da Escola Histórica, embora sem endossarem a referida equiparação à *quasi possessio*.

²¹⁸¹ *Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, cit., § CCXXXI, p. 150.

²¹⁸² *Jus Civile Controversum*, cit., ad D.19,2, *Quaestio XLI*, p. 839.

²¹⁸³ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 144-145, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 29.

*expelli possit? Negamus*²¹⁸⁴; “*Excipiuntur tamen Quatuor Casus, in quibus superior Regula suum officium perdit...*”²¹⁸⁵.

Indicam-se ainda, *exempli gratia*, BENEDIKT CARPZOV (“*Etsi locatione conductione semel contracta & perfecta standum sit conventioni, nec locator ei contravenire, & conductorem ante tempus expellere queat [C.4,65,3] (...) attamen causa necessitatis ab hac lege est excepta, quase conductore etiam invito contractum dissolvit, veluti de tribus casibus rescript Imp. Antonin...*”)²¹⁸⁶, BRUNNEMANN (“*Locator conductorem ex aedibus locatis expellere nequit, nisi in quatuor Casibus hic expressis...*”)²¹⁸⁷, LAUTERBACH (“*Ante tempus conductionis finitum neque locator, neque conductor, altero invito, a contractu resilire potest (...) nisi justa & legitima subsit causa [C. 4,65,3]”; “Justa autem causa (...) est injusta mercedis solvendae cessatio (...) Ante vero biennium, ob solam moram in solutione mercedis admissam conductor expelli non potest”; “Secunda causa est Superveniens locatoris indigentia”; “Tertia causa est Superveniens necessitas rem locatam reficiendi...”; “Quarta causa est Abusus rei locata; si scilicet conductor, inquilinus, vel colonus, in re conducta male versetur”*)²¹⁸⁸, STRUVIO (“*Notandum vero est, quod certis casibus expellere (invitum & resistantem auctoritate Judicis conductorem liceat locatori)*”, acrescentando MÜLLER em nota que “*Regula & exceptiones sunt in [C.4,65,3] (...) [X.3,18,3] (...) Ejus quatuor Exceptiones hic referentur, quarum est: Qui locatori pensionem in solidum non solvit, is ante tempus ex aede conducta expelli postest (...) Si propriis usibus dominus rem elocatam necessariam probare potest, ille ante conventum tempus conductorem invitum expellere potest. Locator, qui conductam domum corrigere vel reficere vult, Conductorem invitum expellere potest. Si conductor male versetur in re conducta*”)²¹⁸⁹, STRYK (“*Possunt enim coloni expelli, si vel (1) pensionem annuam determinato tempore non solvat (...) vel (2) male in fundo versentur, illum sine*

²¹⁸⁴ *Theses de Locatione et Conductione*, Typis Joachimi Pedani, Acad. Typ., Rostochi, 1614, Thesis 19.

²¹⁸⁵ COTHMANN/HINCIUS, *Theses de Locatione et Conductione*, cit., Thesis 20.

²¹⁸⁶ *Decisionum Illustrium Saxoniarum, Pars Secunda*, Typis & sumptibus Jacobi Laschi, Hanoviae, 1652, *Decisio CXXXVII*, n°s 1 e 3, p. 193. Semelhantemente, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica, Secundum Ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxon.*, editio novissima, Sumptibus Iohann Caspari Meyeri & Iacobi Fritschii, Apud Thomam Fritschium, Lipsiae et Francofurti, 1703, *Part. II, Const. XXXVII, Definitio VI*, n°s 3 e ss..

²¹⁸⁷ *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,3, n°s 1-2, p. 698.

²¹⁸⁸ *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, cit., ad D. 19,2, n°s XL, XLI, XLIII, XLVII, XLVIII, pp. 1366-1371.

²¹⁸⁹ *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia, Libro XII. usque ad lib. XX. Exclusive*, cum additionibus PETRI MÜLLERI, editio tertia, Typis Johannis Benjam. Andreae, Francofurti & Lipsiae, 1738, ad D.19,2, n° XII e nota α, p. 1685.

consensu domini alienando, aut alio modo deteriorando, vel (3) dominus propriis usibus eum sibi necessarium probet”; “*Ceterum Conductorem ante finitum tempus conductionis expelli non posse, expeditum est, [C.4.65.3]*”²¹⁹⁰, WEGE (“*Licet locator regulariter condutori patientiam usus & fruitionis usque ad finem contractus praestare, nec eum ante expellere possit (...) Nihilominus tamen certos casus in jure invenimus expressos, in quibus locator conductori non solum ejusmodi patientiam denegare, sed etiam eum prorsus expellere possit [C.4,65,3]*”; “*Quamvis Imperator Antoninus in [C.4,65,3] clare sancire videatur, si conductor domino pensionem non solverit, vel male versatus in re locata fuerit, quod domino integrum sit, conductorem expellere; Idem quoque in [D.19,2,54,1] aliisque in legibus fancitum reperitur*”)²¹⁹¹, LUDOVICI (“*Tempus adiectum regulariter est observandum. Dantur tamen exceptiones, tam intuitu locatoris, qual conductoris. Primo, de locatore. Expellit ille conductorem ante finitum tempus conductionis: I. si locatio ad aliquot annos facta, & de mercede singulis annis solvenda convenerit, & pensio intra biennium soluta non fuerit [D.19,2,54,1] (...) II. Si ipse locator re locata indigeat, ex improvisa necessitate, v.g. si binas aedes habebat; illae autem combustae sunt, quas inhabitabat [C.4,65,3] III. Si res locata necessaria refectione indigeat [C.4,65,3] & IV. Si conductor re abutatur, idque vel physice, vel moraliter, v.g. meretrices, vel alios malevolos homines inducendo [C.4,65,3]*”)²¹⁹², SAMUEL VON COCCEJI²¹⁹³, BÖHMER (“*Ante tempus finitum expelli nequit; nisi iustae expelledi conductorem causae accedant...*”)²¹⁹⁴, HEINÉCIO (“*... nec locator eum sine iusta causa, ante constitutum tempus, expellere possit [C.4,65,3]*”)²¹⁹⁵; “*Conductorem (...) nec sine iusta causa (...) a locatore expelli posse, nisi ob mercedem per biennium non solutam [D.19,2,541;-19,2,56] vel perversum rei usum [C.4,65,3] vel ob necessariam refectionem, vel usum ipsi domino necessarium*

²¹⁹⁰ *Usus Moderni Pandectarum, a Libro XIII. Usque ad XXII*, Editio septima, Prostat in Bibliopolio Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1745, ad D.19,2, §§ XXXIII e LXXVII, pp. 491 e 544.

²¹⁹¹ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, n°s 32 e 58, pp. 599 e 613-614.

²¹⁹² *Doctrina Pandectarum*, Editio XI, Impensis Orphanotrophei, Halae Magdeburgicae, 1760, ad D.19,2, n° XVII, p. 353.

²¹⁹³ *Jus Civile Controversum*, cit., ad D.19,2, *Quaestio XVIII*, p. 827 (“*Quatuor casibus a contractu recedere potest locator, etsi contractus valeat & subsistat [C.4,65,3]*”).

²¹⁹⁴ *Introductio in Ius Digestorum*, nona Editio, Impensis Orphanotrophei, Hallae Magdeburgicae, 1756, ad D.19,2, n° 22, p. 455. Nos números seguintes são analisados os vários fundamentos de extinção.

²¹⁹⁵ *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Pandectarum*, cit., ad D.19,2, § CCCXXIV, p. 332.

[C.4,65,3]²¹⁹⁶) e GLÜCK (“*Der Locator ist verpflichtet, dem Conductor den Gebrauch der Sache die Ganze Pacht- oder Miethzeit hindurch zu lassen. Er darf ihn also nicht vor Endigung derselben vertreiben, zumal wenn das Miethgeld schon für die ganze Zeit bezahlt ist; ausgenommen, wenn ihn die Gesetze in einzelnen Fällen dazu berechtigen. Hierher gehört vorzüglich [C.4,65,3]*”)²¹⁹⁷.

Isto no que diz respeito a obras de carácter geral (ainda que em matéria locatícia, como a de WEGE). Mas o período foi muito rico em dissertações académicas que versaram monograficamente o tema e que seguiram orientação semelhante²¹⁹⁸. Examinaremos algumas.

HEINRICH HAHN/NICOLAUS FIRNEKRANZ expunham como regra geral: “*quod conductor ex aede conducta ante tempus conventum expelli non debeat*”²¹⁹⁹. Se houvesse expulsão antecipada, o arrendatário poderia reagir por via da *actio conducti*, exigindo o pagamento dos danos causados (“*Quod si vero ante tempus conventum expulsio ejusmodi de facto contingat, datur conductori actio conducti, qua liberum rei usum ad tempus praefinitum sibi praestari petit, qui nisi praestetur, actio ei est contra Locatorem ad interesse lucri, quod is ex re conducta, si ea ad finem locationis usque uti licuisset, percepire potuisset [C.4,65,15...]*”), a menos que estivesse preenchida uma das causas de despejo previstas na *constitutio* de Caracala (“... nisi locator expellat propter illas causas, quae recensentur, in [C.4.65.3]”)²²⁰⁰.

QUISTORP/WALTHER (“*Dantur autem casus, in quibus locatori licet, conductorem impune ante tempus contractus finitum expellendi...*”)²²⁰¹ e GOTTFRIED NICOLAUS ITTIG/JOHANN CHRISTOPH SCHILLING²²⁰² não tergiversaram, tal como JOHANN VOLKMAR BECHMANN/ANDREAS STRAUB (“*Inquilinus, qui solvit pensionem, non potest per dominum, durante locatione expelli, nisi propter*

²¹⁹⁶ *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, in “*Operum*”, Tomus Quintus, Sumptibus Fratrum de Tournes, Genevae, 1768, ad I.3,24(25), § DCCCCXXV, p. 240.

²¹⁹⁷ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld; ein Commentar*, vol. XVII, Verlag von Palm & Enke (Adolph Enke), Erlangen, 1868, ad D.19,2, § 1052, p. 373. Segue-se nas páginas seguintes uma minuciosa análise dos vários fundamentos de extinção antecipada.

²¹⁹⁸ Cf. a lista apresentada por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 145, nota 29.

²¹⁹⁹ *De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem, Sive Commendatio Legalis ad L. 3. & 9. C. de Locat conduct. & c. 3. § verum. X. Eod.*, Helmenstadii, 1665, in DAVIDI MEVII, *Singularium Quaestionum juris in causis Proprietariorum & Pensionarum controversi Resolutiones Illustres, tertia vice revisae & auctae. Quibus accessit Dn. D. Henrici Hahnii Jcti, (...) Dissertatio De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem (...)*, Sumptibus Simon Johann Hübneri, Hall. Magdeburg., 1696, *Thesis XXXIIX*, p. 147.

²²⁰⁰ *De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem*, cit., *Thesis XLIV*, p. 149.

²²⁰¹ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., §7, p. 12.

²²⁰² *Disputatio Juridica De Expulsione Conductoris Ante Tempus*, Excudebat Christian Scholvien, Lippiae, 1680, *Caput. III (De Causa Efficiente)*, in *totum*.

necessitatis, vel propter necessariam refectionem rei, vel culpam inquilini abutentis)²²⁰³, NICHOLAUS CHRISTOPH VON LYNCKER/LUDWIG HEINRICH HEYDENREICH (“... neque igitur regulariter ante finitum tempus, ad quod locatio contracta fuit, rem locatam a conductore avocare valet (...) Quibusdam tamen casibus ab hac contractus lege recedere, conductoremque ante finitum tempus, locationi constitutum invitum quoque & reluctantem, aede vel fundo locato expellere iure permissum est [C.4.65.3] ubi Imperator Antoninus expulsionem hanc ob quattuor potissimum causas fieri posse rescribit...”)²²⁰⁴, GEORG TOBIAS ALBERTI/HEINRICH KASPAR TRAUTMANN (“... neque locator ante finitum tempus, ad quod locatio contracta fuit, rem locatam a conductore avocare valet (...) variae tamen dantur caussae, quibus locator conductorem ante locationi constitutum tempus invitum quoque et reluctantem aede vel fundo locato expellere potest [C.4,65,3]. Ius autem expellendi conductorem SI PENSIONIBUS NON PARVERIT ...”)²²⁰⁵, MATTHIAE/BEERMANN (“Quod vero dictum est, Conductorem expelli posse, non procedit, nisi justa expulsionis causa adsit; Qualis est, quando pensionem non solvit elapso tempore convento, intra quod solutio fieri debebat, vel alio legitimo, quae causa expulsionis licet expresse non reperiatur in [C.4,65,3]”)²²⁰⁶ ou JOHANN HEINRICH FELTZ/NICHOLAUS SALOMON (“Potest itaque Conductor expelli ex conductis aedibus quattuor potissimum ex causis ...”)²²⁰⁷.

Verificou-se, ainda, uma forte tendência que exigiu o recurso às vias judiciais para a concretização do despejo. Os principais nomes da literatura jurídica germânica dos séculos XVII-XVIII acolheram abertamente a solução, que se torna um dado adquirido²²⁰⁸. Assumiram relevo, mais uma vez, D.4,2,13, D.50,17,176 pr. e C.8,13,3, fontes persistentemente invocadas com a intenção de combater a *vindicta privata*.

Ilustra-se a afirmação com a indicação de trabalhos de CARPZOV (“... verissimum est quod non nisi causa cognita conductor expelli debeat, adeoque Magistratus autoritate”)²²⁰⁹, BRUNNEMANN (“Sed an liceat privata autoritate

²²⁰³ *Dissertationem Inauguralem ad L. Aede III. C. de Locat. et Conduct.*, Jenae, 1682, Thesis IV.

²²⁰⁴ *Dissertationem Inauguralem de Expulsione Conductoris, Si Pensionibus non Parverit*, Litteris Nisianis, Jenae, 1687, p. 4.

²²⁰⁵ *De Iure Expellendi Conductorem*, Litteris Schultzi, Vitembergae, 1689, I.

²²⁰⁶ *Dissertatio Inauguralis de Jure Expellendi Conductorem Ante Tempus*, cit., Thesis XI, p. 12.

²²⁰⁷ *Dissertatio Juridica de Causis ob Quas Locator Inquilinum Ante Tempus Statutum Expellere Postest*, Litteris Johannis Pastoriis, Argentorati, 1714, Thesis I, p. 5.

²²⁰⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 145.

²²⁰⁹ *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica*, cit., Part. II, Const. XXXVII, Definitio VI, nº 12, p. 657, sendo citados FABRO, D.4,2,13 e C.8,13,3.

*expellere morosum conductorem? (...) leges a propria sibi jus dicendi potestate abhorrent, & creditor, licet permissa ipsi fuerit facultas ingrediendi bona, autoritate tamen iudicis facere hoc debet si quis prohibeat, vel prohibere velle praesumatur [C.8,13,3]”*²²¹⁰, HAHN/FIRNENKRANZ (“... probatio haec de necessitate ad proprios usus fieri debet apud iudicem, consequens est, quod Conductor non nisi causa cognita expelli debeat, & iudicis autoritate”²²¹¹; “Refectionem autem esse necessariam, dominus antequam expellatur Conductor probare debet (...) arbitrio Iudex fidem adhibere debet”²²¹²), LAUTERBACH (“Potest autem locator conductorem ante tempus conventum ex praedictis causis expellere non propria sed implorata Iudicis autoritate leges enim a propria sibi jus dicendi potestate abhorrent, & gravibus poenis illam prohibent, ne occasio sit majoris tumultus”²²¹³), QUISTORP/WALTHER (“... locator, ne conductorem propria vi ac privata auctoritate expellat”²²¹⁴ STRUVIO (que, como vimos, apontava o recurso à “autoritate Iudicis”), ITTIG/SCHILLING (“... utrum jure locator propria sua autoritate possit expellere conductorem? Namque ob stare videbatur, neminem iudicem esse debere in sua causa (...) Neque singulis concedi posse, quod per Magistratum publice fieri debet...”²²¹⁵), BECHMANN/STRAUB (“... conductor (...) non possit expelli propria locantis autoritate, durantibus adhuc contractus temporibus (...) non esse singulis concedendum, quod per magistratum publice fieri possit, ut majoris tumultus faciendi evitetur occasio (...) ad evitandam vindictam privatam, quae in jure maxime odiosa est...”²²¹⁶), LYNCKER/HEYDENREICH (“Si vero resistat conductor, lubensque domo vel fundo excedere nolit, iudicis auctoritate indubie opus esse, statuimus: tum, quia leges a propria iuris sibi dicendi potestate abhorrent (...) si colonus ingredienti locatori se manu armata opponeret, rixae, pericula corporis & vitae, & magna scandala oriri possent, quae omnia leges evitare student...”²²¹⁷), ALBERTI/ TRAUTMANN (em termos que quase decalcam passagens de ITTIG/SCHILLING)²²¹⁸,

²²¹⁰ *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, cit., ad D.19,2,54, n° 5, p. 570.

²²¹¹ *De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem*, cit., *Thesis LXVII*, pp. 156-157.

²²¹² *De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem*, cit., *Thesis LXXI*, p. 158.

²²¹³ *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, cit., ad D. 19,2, n° LI, p. 1372. Destaca-se a invocação de D.4,2,13, C.8,13,3, CARPZOV e CHRISTYNEN.

²²¹⁴ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., § 13, p. 19.

²²¹⁵ *Disputatio Iuridica De Expulsione Conductoris Ante Tempus*, cit., *Caput. II*, §5.

²²¹⁶ *Dissertationem Inauguralem ad L. Aede III. C. de Locat. et Conduct.*, cit., *Thesis XXXI*.

²²¹⁷ *Dissertationem Inauguralem de Expulsione Conductoris, Si Pensionibus non Parverit*, cit., p.

²²¹⁸ *De Iure Expellendi Conductorem*, cit., 3, as duas últimas páginas (não numeradas).

MATTHIAE/BEERMANN (“*Verius est quod nonnisi causa cognita Conductor expelli debeat...*”)²²¹⁹, STRYK (“*Hoc vero certum, quod quoties ante tempus expelli potest conductor, hoc non privata locatoris auctoritate, sed per Iudicium faciedum sit*”²²²⁰), WEGE (“*Sed prius causam in iudicio proponere et probare [C.4,65,3] ibi: probaverit. conductor suis exceptionibus audiri, & interim lite pendente in conductione manuteneri debet, argumentum [D.50,17,176 pr.] (...) Neque tumultui occasio detur, si locatori permissum sit, jus suum sine iudicis auctoritate exequi [C.8,13,3; D.50,17,176 pr.; D.4,2,13...]*”)²²²¹, SAMUEL VON COCCEJI (“*An conductor ex justa causa ante finita locationis tempora propria auctoritate expelli possit? Negatur: Quia nemo iudex in propria causa constitui potest (...)[D.50,17,176 pr.]*”)²²²², BÖHMER (socorrendo-se de um raciocínio de analogia com outras fontes: “*Enimvero expellere potest locator colonum iusto tempore pensionem non solventem, sed legitimo modo i.e. magistratus auctoritate interveniente. Aliter enim in dicta legem rescriptum non esse intelligendum, iuris analogia et auctoritas evincit*”)²²²³, HEINÉCIO (“*Aber es muß dieses nicht privata, sondern auctoritate iudicis geschehen*”)²²²⁴, GOTTFRIED LUDWIG MENCKEN/ IGNAZ HIERONYMUS VARNESE (“*.... verbum enim expellere non significat propriam vindictam...*”)²²²⁵ ou GLÜCK (“*... wo der Locator den Conductor vor der Zeit vertreiben kann, darf es jedoch nicht durch Privatgewalt, sondern es muß im Wege des Rechts durch richterliche Hülfe geschehen*”)²²²⁶.

Parece evidente, pois, que a admissibilidade da expulsão antecipada já não se limitava ao preenchimento de um dos fundamentos de despejo; a isso acrescia a necessidade de obter a correspondente decisão judicial, sem a qual o senhorio procederia ilicitamente.

²²¹⁹ *Dissertatio Inauguralis de Jure Expellendi Conductorem Ante Tempus*, cit., *Thesis XXII*, p. 27. Invocam-se, designadamente, D.50,17,176, FABRO e GROENEWEGEN

²²²⁰ *Usus Moderni Pandectarum, a Libro XIII. Usque ad XXII*, cit., ad D.19,2, § LXXVII, p. 545. Cita-se, por exemplo, CARPZOV.

²²²¹ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, n° 58, p. 614.

²²²² *Jus Civile Controversum*, cit., ad D.19,2, *Quaestio XVI*, pp. 825-826.

²²²³ *Exercitationes ad Pandectas, Tomus III*, Apud Io. Wilh. Schmid, Acad. Bibliopol., Gottingae, 1748, *Exercitatio LII*, Cap. II, § III, p. 477. Entre os preceitos usados pelo jurisconsulto para escorar a analogia *iuris* encontra-se C.8,13,3. Cf., ainda, a continuação do já transcrito n° 22 de *Introductio in Ius Digestorum*, ad D.19,2, p. 455: “*... sed publica iudicis auctoritate expellendus est*”.

²²²⁴ *Academische Reden über desselben Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, bey Wolfgang Ludwig Springs sel. Erben und Joh. Gottlieb Garbe, Buchhändler in Franckfurth am Mayn, Frankfurt und Leipzig, 1748, ad I.3,25(24), p. 709.

²²²⁵ *Dissertatio Inauguralis De Jure Expellendi Colonum ob Supervenientem Necessitatem*, Literis Pauli Dieterici Schnorrii Acad. Typogr., Helmstadii, 1751, §VII, p. 12. Como se pode inferir da data, trata-se de uma dissertação cuja apreciação foi presidida por GOTTFRIED LUDWIG MENCKEN filho. O pai, com o mesmo nome e também jurisconsulto conceituado, viveu entre 1683 e 1744.

²²²⁶ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVII, cit., ad D.19,2, § 1052, pp. 389-390.

Ainda assim, a repetida afirmação do respeito pelo prazo acordado e o insistente repúdio pela autotulela não evitariam, no limite, que um despejo ilícito privasse o arrendatário da *res*²²²⁷. Em rigor, a aplicação do direito romano permitir-lhe-ia, tão-só, a instauração de uma *actio conducti* pela qual fosse exigido ao senhorio o pagamento do *id quod interest*²²²⁸, como dimanava, além do mais, das exposições de HAHN/FIRNEKRANZ²²²⁹, BRUNNEMANN (“*Conductor de facto a locatore expulsus, agit ob fidem ruptam ad interesse, actione ex conducto*”)²²³⁰ ou BECHMANN/STRAUB (“... *conductor modici temporis, tamen expulsus per locatorem non quidem interdictum unde vi, sed actionem de conducto habet, per quam consequatur interesse suum*”)²²³¹.

Mas, como notámos no ponto anterior, a concessão da *actio spoli* ao arrendatário pelos tribunais germânicos (com significativo respaldo doutrinal) conferiu-lhe um meio restitutivo que obstava a tais consequências. Ou seja, a limitação do despejo antecipado aos casos expressamente previstos, articulada com a necessidade de recurso à via judicial para a respectiva efectivação e com a possibilidade de ser exigida ao locador a restituição do prédio, deixavam o *conductor* ilicitamente expulso numa posição que – como nota GENIUS²²³² – já não era comparável com os ditames do *ius romanum* na matéria.

Esse fortalecimento foi complementado pela exigência de um pré-aviso de denúncia no âmbito dos *iura propria*²²³³. Exemplifica-se com o direito estatutário de Lübeck, que estabelecia as antecedências de meio ano para a denúncia de arrendamentos de casas e de um trimestre quando fossem cedidos outros espaços, como caves ou quartos (“*Wann einer ein Haus zur heure oder Miete bestanden hat/ so kan es daraus nicht getrieben werden/ es sey ihm dann zuvor gebürhlichen auffgekündigt: Ist est ein haus/ so gehöret darzu ein halb Jahr: Ist es aber ein Keller oder Bude/ ein*

²²²⁷ Como admite GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 146, o que, em nossa opinião, dá razão às críticas que dirigimos às conclusões do Autor de que a *iurisprudencia* alemã e neerlandesa do período da Recepção e a Jurisprudência Elegante já não consagrariam como sanção apenas a indemnização pecuniária (cf., *supra*, II.1.2.3.3).

²²²⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 146.

²²²⁹ *De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem*, cit., *Thesis XLIV*, p. 149 (passagem citada e transcrita, *supra*, II.1.2.5.2).

²²³⁰ *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,15, n° 1, p. 703.

²²³¹ *Dissertationem Inauguralem ad L. Aede III. C. de Locat. et Conduct.*, cit., *Thesis XXXI*.

²²³² *Der Bestandsschutz*, cit., p. 147.

²²³³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 146; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 29.

Viertel Jahr”)²²³⁴ e a propósito do qual comentava MEVIUS: “*Tamen etiam statutu nostro hic receptum est, ex quo non amplius liberum est locatori, cum velit expellere conductorem, sed requiritur praevia quaedam contractus renunciatio*”²²³⁵. Isto é, o locador não tinha a liberdade para, sem mais, expulsar o arrendatário, devendo previamente denunciar o contrato.

1.2.5.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Os textos que atribuíam ao sucessor a título singular o direito de expulsar o locatário foram considerados pela vasta maioria dos Autores da Escola como susceptíveis de uso moderno²²³⁶, o que expressivamente se afirmava numa dissertação da época: “*Atque his positus in aprico esse videtur usus modernus apud Noricos regulae germanicae: Kauf geht vor Mieth*”²²³⁷. Entre muitos possíveis, citamos alguns exemplos.

CARPZOV confirmava a recepção da regra romana (“... *receptum est, ut vendita re locata ante finitum conductionis tempus, conductor sive colonus emtori cedere & migrare debeat*”)²²³⁸, cuja aplicação não permitia ao locatário mais do que exigir à sua contraparte contratual o pagamento do *id quod interest* (“*Locatorem (...) ex quo solummodo ad interesse tenetur: Quod unicum restat conductori remedium, ut a locatore consequatur id, quod interest*”)²²³⁹.

BRUNNEMANN respondia afirmativamente à questão “*An emtor te possit expellere?*”, pois “... *emtor praeferendus sit conductori*”²²⁴⁰, e reconhecia ao

²²³⁴ Part. III, Tit. VIII, Art. II, compulsável em DAVID MEVIUS, *Commentarii in Jus Lubecense Libri Quinque*, quarta editione, Sumptibus Joachimi Wildii, Francofurti et Lipsiae, 1700, p. 676.

²²³⁵ *Commentarii in Jus Lubecense*, cit., ad Part. III, Tit. VIII, Art. II, n° 27, p. 679.

²²³⁶ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 149-150 (com uma muitíssimo ampla lista de espécimes doutrinários), e KLAUS LUIG, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, in SZG, 1979 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998), p. 44

²²³⁷ EPHRAIM GERHARD/FRIEDRICH PUND, *Dissertatio Academica de Regula Iuris Germanici Kauf geht vor Mieth*, Litteris Iodici Guilielmi Kohlesii Univ. Typogr., Altorfii Noric., 1718, Cap. III, § IX, p. 30.

²²³⁸ *Responsa Juris Electoralia*, Sumtibus Jo. Friderici Gleditsch, Lipsiae, 1709, Lib. V, Tit. III, *Responsum XVII*, n° 4, p. 26.

²²³⁹ CARPZOV, *Responsa Juris Electoralia*, cit., Lib. V, Tit. III, *Responsum XVII*, n° 14, p. 26.

²²⁴⁰ *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, n° 1, p. 701.

arrendatário expulso o direito de exigir ao locador uma indemnização pelos danos sofridos (“*locator ad interesse tenetur*”)²²⁴¹.

LAUTERBACH reafirmava que a locação celebrada pelo antecessor não vinculava os sucessores a título singular (“*Successores singularis (...) locationi ab antecessoribus contractae regulariter stare non tenetur...*”)²²⁴², sendo-lhes admitido o despejo (“... *conductorem, cui ipsi obligati non sunt, licite expellere possunt possunt*”)²²⁴³; era o locador quem tinha a obrigação de pagar o montante indemnizatório do arrendatário expulso (“*Conductore a singulari successore, expulso (...) potest conductor agere adversus locatorem, vel ejus haeredem, ad omne id, quod ejusdem interest*”)²²⁴⁴.

Não se mostravam diferentes os estudos de STRUVIO (“*singularis successor, ut emtor, non obligatur colono locationem servanda (...) Adstringitur autem locator, qui antem finita locationem rem vendidit, vel cui evicta res est, interesse conductori praestari*”)²²⁴⁵, MÜLLER²²⁴⁶, STRYK (“... *si locator durante locationis tempore praedium alteri vendiderit, tunc Emptor ille non tenetur stare locationi, sed Conductor etiam ante finitum tempus discedere ex praedio tenetur (...) Actio ergo conductori instituenda ad interesse, quo hac a locatore vendente repetere possit*”)²²⁴⁷, HEINRICH VON COCCEJI (“*Emtor vero stare locationi non tenetur*”, citando-se em nota [C.4,65,9]”)²²⁴⁸, SAMUEL VON COCCEJI²²⁴⁹, BÖHMER (“... *emtor vi [C.4,65,9] expellere possit colonum (...) sed convenire potest locatorem a contractu discedentem ad interesse et damna, quae ex praematurato eiusmodi discessu sensit, resarcienda*”)²²⁵⁰

²²⁴¹ BRUNNEMANN, *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, n° 2, p. 702.

²²⁴² *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, cit., ad D.19,2, n° LXVIII, p.1376.

²²⁴³ LAUTERBACH, *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, n° LXI, p.1376.

²²⁴⁴ LAUTERBACH, *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, n° LXI, p.1381.

²²⁴⁵ *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia*, cit., ad D.19,2, n° XXVII, p. 1710.

²²⁴⁶ Cf. STRUVIO, *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia*, cit., ad D.19,2, n° XXVIII, *additio* γ), p. 1711: “*Successorem singularem auctoris sui factum non stringit, cum non praesentet ejus personam aut jus, & quia totus hic contractus atque actio inde descendens est personalis, quia Conductor se obligat Locatori, & vice versa; & vero successor particularis non succedit in debitis vel juribus personalibus, nec ipse poterit obligari ex facto antecessoris...*”.

²²⁴⁷ *Praelectiones Viadrinae de Cautelis Contractuum Necessariis*, Impensis Jeremiae Schrey & Heredum Henr. John. Meyeri, Francofurti & Lipsiae, 1694, *Sectio II*, Cap. IX, § XIV, p. 388.

²²⁴⁸ *Hypomnemata Iuris*, cit., ad I.3,25(24), n° 3, p. 109.

²²⁴⁹ *Jus Civile Controversum*, cit., ad D.19,2, *Quaestio XXII*, pp. 829-830: “*Quia emtor jus in re habet, conductor vero saltem jus personam, unde ille tanquam dominus rem vindicare, eoque expellere hunc potest, & hic contra personam sui locatoris salvam habet actionem conducti ad id ut praestet uti licere*” (o direito real do comprador prevalecia sobre o direito de crédito do locatário, que podia ser despejado por aquele, mais não lhe restando do que demandar *ex conducto* o locador).

²²⁵⁰ *Exercitationes ad Pandectas, Tomus III*, cit., *Exercitatio LII*, Cap. III, § IV, p. 485.

ou HEINÉCIO (“...successoris singularis, qui, soluto iure locationis, conductorem recte expelli [D.19,2,25,1; C.4,65,9]”²²⁵¹; “Ergo adversus locatorem tantum agere potest ad id, quod interest”²²⁵²).

GÖBEL invocava uma opinião comum e expunha que, como o locatário não gozava de um direito real, o sucessor singular poderia expulsá-lo (“Conductor, qui jure rei non gaudet, ab emtore alioque successore singular judicis ope expelli posse, communis ex opinio”)²²⁵³, sem prejuízo da indemnização por não cumprimento a que o locador estava obrigado (“Enim vero si conductor ab emtore ante tempus discedere cogatur, ipsi a locatore interesse praestando”)²²⁵⁴.

Também GLÜCK apresentava a solução como uma consequência da prevalência dos direitos reais sobre o *ius in personam* (e, portanto, de natureza relativa) do locatário, cuja violação baseava somente o direito de exigir ao locador uma indemnização por danos causados pela extinção antecipada do contrato: “Er ist eine ganz natürliche Folge des Grundsatzes des Römischen Rechts, daß ein *ius in rem*, welches gegen jeden Dritter (...) verfolgt werden kann, im Falle der Collision dem *juri in personam* vorgeht (...) Der Conductor hat aber vermöge des Contracts nur ein persönliches Recht gegen der Locator, von welchem er den auch billig Ersatz alles Schadens verlangen kann, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet”^{2255 2256}.

²²⁵¹ HEINÉCIO, *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Pandectarum*, cit., ad D.19,2, § CCCXXIII, p. 331.

²²⁵² HEINÉCIO, *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, cit., ad I.3,25,(24), § DCCCCXXV, p. 240, em nota.

²²⁵³ *Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, cit., § CXLIX, p. 91.

²²⁵⁴ GÖBEL, *Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, cit., § CXLIX, p. 93.

²²⁵⁵ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. XVIII-1, in der Palmischen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1816, ad D.19,2, § 1061, p. 14.

²²⁵⁶ Podem consultar-se, no mesmo sentido, diversas dissertações. Assim: GERHARD/PUND, *Dissertatio*, cit., Cap. I, § VI, pp. 4-5; JOHANN JAKOB DUILL, *Disputatio Juridica Inauguralis, De Jure Emtoris Praedii, Expellendi Ejus Conductorem*, Typis Philippi Casimiri Mülleri, Acad. Typogr., Marburgi Cattorum, 1730, § XIV, p. 21; EVERHARD OTTO/HEINRICH DALMOLLE, *Disputatio Iuridica De Jure Emtoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, Typis Alexandri van Megen, Academie Typographi, Trajecti ad Rhenum, 1737, § V, p. 7; GEORG HEINRICH AYRER, *Prolusio Academica de Genere Actionis Adversus Conductorem Emtori Cedere Nolentem Instituendae*, Apud A. Vandenhoeck Acad. Typogr., Gottingae, 1739, pp. 7-8; JOHANN CHRISTOPH LUDEWIG, *Dissertatio Inauguralis Juridica, de Emtore Non Stante Locationi Antecessoris*, Ex Officina Schultziana, Curante F. A. Rosenbusch, Gottingae, 1762, §§ 3-12, pp. 8-23 (prevalência do direito do sucessor a título singular no direito romano), § 31, p. 53 (direito do *conductor* expulso de exigir ao *locator* uma indemnização pelo *id quod interest*); QUISTORP/WALTHER, *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., §§ 21 e ss., pp. 27 e ss..

Apenas citamos trabalhos académicos que trataram o problema *ex professo*, apesar de várias das dissertações que se debruçaram sobre a extinção da *locatio* (e que analisámos, *supra*, II.1.2.5.3.) também o terem tocado, embora com menos profundidade.

Apesar de o *Usus Modernus* ter sido fortemente permeado pelas teorias jusracionalistas que aceitaram a figura do contrato a favor de terceiro²²⁵⁷, vários representantes da corrente não consideraram que assim pudessem ser qualificados os *pacta* previstos em D.19,2,25,1 e C.4,65,9: o *conductor* expulso em contravenção do *pactum* apenas poderia demandar o locador e era o vendedor quem tinha o direito de responsabilizar o comprador²²⁵⁸.

Assim, segundo HAUNOLD, o pacto apenas geraria a favor do arrendatário uma acção pessoal contra o locador: “*Si in pactum deductum est, ut emptor non possit Conductorem expellere, tunc non potest expelli ab emptore, ut supponitur in [C.4,65,9] illis verbis: nisi ea lege emit. atqui etiam hoc casu non habet conductor nisi actionem personalem adversus locatorem*”²²⁵⁹.

FRANTZKE afastava a constituição de qualquer relação entre o locatário e o comprador: este não podia exigir-lhe que se mantivesse na *res*, nem o arrendatário lhe poderia exigir a prestação do gozo: “*Licet enim tunc directe neque per emptorem colonus, ut perserveret in re locata, neque per colonum emptor, ut patiatur uti frui rem emta ad finem locationis usque cogi possit*”²²⁶⁰. A tutela disponibilizada era, pois, indirecta: se o locador fosse responsabilizado pelo locatário devido ao despejo, podia demandar o comprador pelo não cumprimento daquilo a que se obrigara²²⁶¹.

Perante a celebração do *pactum*, HEINRICH HAHN apontava que o sucessor poderia libertar-se da vinculação assumida se prestasse o *id quod interest* (“... *nisi conventum, ut & singularis successor v.c. ex empto, servet contractum antecessoris (...)* *quo casu tamen singularis successor, praestando interesse, liberatur...*”)²²⁶². Como em

²²⁵⁷ Vejam-se, a propósito, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 155, LUIG, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, cit., pp. 41-43, e COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 427.

²²⁵⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 155.

²²⁵⁹ *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia VIII*, nº 472, p. 156.

²²⁶⁰ *Commentarius*, cit., ad D.19,2, nº 227, p. 627.

²²⁶¹ FRANTZKE, *Commentarius*, cit., ad D.19,2, nº 227, pp. 627-628: “*potest tamen hoc bene per obliquum, & quasi causative mediante locatore eodemque venditore fieri, quatenus illi propter suum interesse priori casu colono discedens actione ex locato, posteriori emptor ex vendito ad refusionem ejus, quod ipsi propter non servatam lege contractus jure summo abeste potest vel ab ipso praestandum esset, tenetur*”.

²²⁶² *Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Prior*, tertium recognita, emendate, plurimum aucta, Typis & sumtibus Henningi Mulleri, Acad. typogr., Helmaestadii, 1668, ad D.19,2, nº XIII, p. 516.

abono citava D.19,1,53,2 (texto já nosso conhecido)²²⁶³, conclui-se, com toda a certeza, que o Professor de Helmstedt se referia a uma responsabilidade *ex vendito*.

Para LAUTERBACH (que remetia para FRANTZKE), se o transmissário aceitava manter a locação até ao final do prazo, a isso ficava vinculado perante o transmitente (“... *qui ea legerem locatam jure singular acceperunt, ut conductio ad finem usque duret, illi per obliquum, mediante venditore sive authore, coguntur stare locationi*”)²²⁶⁴ e era último quem devia defender o locatário: “...*locatori, qui intercedit, & conductorem defendit exceptione pacti* [C.4,65,9]”²²⁶⁵.

No seu tratado sobre o contrato de locação, WEGE expunha a mesma ideia, apoiando-se na regra *alteri stipulari nemo potest*²²⁶⁶. Tal não era contrariado pela figura do “*jus reale retentionis*” que era atribuído ao arrendatário (na linha do espanhol ANTÓNIO GÓMEZ, cuja autoridade era invocada)²²⁶⁷, pois admitia-se que o *emptor* se poderia libertar dele através do pagamento do *interest* do vendedor: “*Ideoque emptor non, nisi praestando interesse, liberatur, si de non expellendo conductore sit conventum* [D.19,2,25,1]”²²⁶⁸ (que o *interesse* a pagar era o do vendedor resulta da citação de HAHN, que surge a seguir a este trecho). O raciocínio era inconsequente²²⁶⁹, pois um eventual direito real de retenção nunca poderia ser afastado pelo pagamento de indemnização. É óbvio, porém, que, apesar da exposição confusa, WEGE não admitia qualquer protecção directa do terceiro (o locatário).

É possível encontrar, por outro lado, contributos que assentaram no pressuposto de que o pacto tornava a locação oponível ao sucessor. Oferecem-se alguns.

BÖHMER considerava que se estava ante uma excepção à regra de C.4,65,9, nos mesmos moldes em que o era a hipoteca combinada com o *pactum de non alienando* (“*Neque enim emtor tenetur stare locationi, [C.4,65,9] nisi conductor sibi prospexit de hypotheca, vel, quod in praxi tutius, pactum de non alienando simul adiectum est (...) vel emtor venditori promissit, se nolle expellere conductorem [C.4,65,9]*”)²²⁷⁰. Como veremos, para o celebrado jurisconsulto a última figura atribuía um direito real ao locatário e impedia o despejo; logo, também o pacto previsto na mencionada *constitutio*

²²⁶³ *Supra*, I.2.5.

²²⁶⁴ LAUTERBACH, *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, nº LXV, p.1379.

²²⁶⁵ LAUTERBACH, *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, nº LXV, p.1379.

²²⁶⁶ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, nº 95, p. 633.

²²⁶⁷ WEGE, *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, nº 96, p. 633.

²²⁶⁸ WEGE, *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, nº 96, p. 634.

²²⁶⁹ Assim o qualifica GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 156.

²²⁷⁰ *Introductio in Ius Digestorum*, cit., ad D.19,12, nº 34, p. 458.

impunha ao sucessor o respeito da locação até ao final do período contratual²²⁷¹. O mesmo raciocínio pode ser apresentado quanto a SCHAUMBURG (“*A necessitati tamen migrandi colonus dicitur immunis: (...) si emptor venditori promissit, se conductorem expellere nolle* [C.4,65,9]”²²⁷², OTTO/DALMOLLE²²⁷³ ou LUDEWIG²²⁷⁴).

Segundo JOHANN AUGUST HELLFELD não faltavam casos em que o sucessor a título singular não tinha o direito de despejar *conductor* (“*Non desunt tamen casus, quibus successor singularis conductorem expellere nequit*”)²²⁷⁵. O direito de expulsão cessava, nomeadamente, quando aquele se obrigasse pelo pacto a respeitar a locação anteriormente celebrada (“*Cessat enim jus expellendi (...) 4) si successor singularis ad servandam antecessoris locationem ex proprio pacto est obligatus*”)²²⁷⁶. Era uma exceção que HELLFELD catalogava juntamente com D.49,14,50 (o já várias vezes mencionado texto sobre a venda de bens do Fisco: “*Cessat enim jus expellendi, 1) si quis a fisco conduxit*”)²²⁷⁷ e que, portanto, tornava a *locatio* oponível ao adquirente.

QUISTORP/WALTHER expunham que o pacto extingua o direito de o vendedor expulsar o *conductor*, ficando obrigado ao que acordara – assim o exigia a força vinculativa dos *pacta* (“*Per pacta contractui emtionis venditionis adjuncta jus emtoris, conductori expellendi, cessare potest. Si ea conditione rem emit, ut conductio usque ad tempus praeterelapsum duret, locationem quoque servare tenetur, cum pacta dent lege contractui*”)²²⁷⁸.

Outro exemplo, cronologicamente mais recuado, encontrava-se no exame das *Institutiones*, da autoria de JOACHIM HOPPE, onde a convenção que derogasse a regra “*Kauf gehet vor Miethe*” era apresentada ao lado da constituição da hipoteca ou da

²²⁷¹ É diferente a interpretação de GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 155, que vislumbra na análise de BÖHMER a defesa da existência de um acordo a favor de terceiro em sentido impróprio.

²²⁷² *Compendium Juris Digestorum cum Iure Codicis et Novellarum Nec Non Iure Patrio Collati ad Usus Modernum Accomodatam et Observationibus Practicis Multo Pluribus Illustratum*, editio secunda, Impens. Ioan. Adam Melchioris Viduae, Ienae, 1751, ad D.19,2, § XXIV, p. 500.

²²⁷³ *Disputatio Iuridica De Iure Emtoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, § VIII, p. 13.

²²⁷⁴ *Dissertatio Inauguralis Juridica, de Emtore Non Stante Locationi Antecessoris*, cit., § 13, p. 33.

²²⁷⁵ *Iurisprudentia Forensis Secundum Pandectarum Ordinem In Usus Auditorii Proposita*, editio tertia, Sumtibus Viduae Croeckerianae, Ienae, 1771, ad D.19,2, § 1063, p. 677.

²²⁷⁶ HELLFELD, *Iurisprudentia Forensis*, cit., ad D.19,2, § 1063, p. 677.

²²⁷⁷ HELLFELD, *Iurisprudentia Forensis*, cit., ad D.19,2, § 1063, p. 677.

²²⁷⁸ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., § 26, p. 35.

transmissão não voluntária (“... *Kauf gehet vor Mieth: Nisi vel aliter conventum...*”)²²⁷⁹.

Se o arrendatário impedisse a *traditio* da *res*, a consequente *interversio possessionis* permitia-lhe exercer os meios de defesa da posse contra uma expulsão violenta (nomeadamente, perpetrada pelo comprador)²²⁸⁰. Mas, por sua vez, o senhorio podia exercê-los face ao arrendatário, dado que este o esbulhara, o que apenas não se aplicava se tivesse actuado ao abrigo de uma justa causa (D.43,16,12, *in fine*)²²⁸¹. Para a doutrina do *Usus Modernus* este conceito era preenchido pelo direito do *conductor* ao reembolso de despesas que tivesse feito com a conservação da *res*²²⁸²; foi minoritária a defesa de que a vigência do próprio contrato de locação constituía uma justa causa²²⁸³.

²²⁷⁹ *Examen Institutionum Imperialium*, Impensis Ioh. Christiani Kleyb, Francofurti ad Viadrum, 1750, ad I.3,25(24), nº 34, p. 367.

²²⁸⁰ Cf. as referências oferecidas por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 151, nota 67, nomeadamente HEINRICH HAHN, *Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Posterior*, tertium recognita, emendate, plurimum aucta, Typis & sumtibus Henningi Mulleri, Acad. typogr., Helmaestadii, 1668 ad D.43,16, nº XI, pp. 391-392 (“... *violentia coloni repellentis emptorem, per quam expellendo videtur sibi possessionem arrogare (...) si ab ipso emptore vicissim spoliatur, habet contra eum simile interdictum*”), e BRUNNEMANN, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum, Tomus Secundus*, cit., ad D.43,16,12, nº 1, p. 306 (“*Colonus non vult admittere emptorem (...) Colonus habet interdictum contra Titium, quia a colonum interversa erat possessio Domino, & sic hoc casu conductori datur hoc interdictum*”). Podem consultar-se, ainda, v.g., SAMUEL VON COCCEJI, *Jus Civile Controversi, Pars II*, editio altera, Ex officina Weidmanniana, Francofurti & Lipsiae, 1740, ad D.43,16, *Quaestio* II, p. 510 (“*An interdictum hoc saltem detur possessori dejecto? (...) [D.43,16,12; D.43,16,18 pr.] ubi colonus pro dejecto habetur: colonus autem non possidet (...) Ibi colonus vi dejecto domino possessionem occupavit, eoque factus est praedo ac possessor*”), JOSEF ADAM AYBLINGER, *Commentarius ad Quinquaginta Libros Pandectarum*, Sumptibus Georgii Schlüter & Martini Happach, Augustae Vindelicorum, 1726, ad D.43,16, nº 5, p. 980 (“*Illo tamen casu, quo colonus, seu conductor ab emptore fundi locati fundi dejectus fuit, ei hoc interdictum non denegatur*”), ou AYRER, *Prolusio Academica*, cit, p. 14 (“...*conductor adversus emptorem, qui ipsum per vim expulit, Interdictum unde vi, competere, ex ea ratione, quod, fundum non ab emptore, utpote qui nunquam eius possessionem adeptus sit, sed a venditore per vim possederit...*”).

²²⁸¹ Apontam-se, *colorandi causa*, os trabalhos de HAHN, *Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Posterior*, cit., ad D.43,16, nº XI, pp. 391-392 (“*violentia coloni repellentis emptorem, per quam expellendo videtur sibi possessionem arrogare. Unde licet ipse teneatur domino interdicto unde vi...*”), BRUNNEMANN, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum, Tomus Secundus*, cit., ad D.43,16,12, nº 2, p. 306 (“*Sed ipso colonus tenetur ex hoc interdicto Domino; Quod limitatur: nisi conductor justam causam aut jus in re habeat*”), ou WEGE, *Tractatus*, cit., Cap. XII, nº 76, p. 626 (“*Qua propter conductor, si emptorem, jubente domino, euntem in possessionem fundi seu domus emptas sine justa causa vi repellat, interdicto unde vi, imo actione injuriarum conveniri potest*”). Veja-se GENIUS, *Der Bestandsschutz*, p. 151, nota 66.

²²⁸² Vide, mais uma vez a título puramente exemplificativo, BRUNNEMANN, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum, Tomus Secundus*, cit., ad D.43,16,12, nº 3, p. 306 (“*In specie habebit justam causam, propter expensas*”), JOHANN SCHILTER, *Praxis Iuris Romani in Foro Germanico Juxta Ordinem Edicti Perpetui et Pandectarum Iustiniani, Tomus Tertius*, Apud Franciscum Varrentrapp, Francofurti ad Moenum, 1732, *Exercitatio* XLVII, § LVI, ad D.43,16,12, p. 102 (onde também se apontava como justa causa a ignorância da venda pelo arrendatário: “*Qualis probabilis causa esse potest exceptio retentionis propter impensas, vel rei vendita ignorantia, secundum glossam*”), AUGUSTIN LEYSER, *Meditationes ad Pandectas, Volumina III et IV*, editio tertia, Apud Joh. Christophorum Meisnerum, Lipsiae et Guerlpherbyti, 1743, *Specimen* CLIII, nº 2, ad D.13,6, p. 111 (que, a propósito da “*iusta et rationabilis causa*” de D.41,2,20, comentava “*Haec justa & rationabilis causa est*

A hipoteca sobre a *res* locada mereceu amplo acolhimento junto dos juristas do *Usus Modernus Pandectarum* como forma de protecção do locatário perante despejos antecipados, *maxime* os perpetrados pelo sucessor a título singular. A herança bartolista estava plenamente viva²²⁸⁴, até nas suas controvérsias doutrinárias – com efeito, a ciência jurídica tudesca dos séculos XVII e XVIII permaneceu dividida sobre os efeitos que a garantia real podia gerar em benefício do arrendatário²²⁸⁵.

De acordo com um número não escasso de opiniões, a simples constituição da hipoteca gerava um direito real que impedia a expulsão do arrendatário antes do final do prazo contratual – e, portanto, ainda que lhe fosse oferecido o pagamento de uma indemnização por equivalente. Neste conspecto, mencionam-se ilustrativamente CARPZOV (“*Deinde standum est locatione, si conductor una cum titulo conductionis, in re conducta etiam jus hypothecae obtinuerit. Etenim quia tum in jure realis fundatus est, non utique poterit expelli...*”)²²⁸⁶, HAHN (“*Excipitur, si locator conductor rem locatam, vel in genere bona omnia oppignoraverit, atque is ita habeat jus in re*”)²²⁸⁷, STRUVIO (“*... conductoribus ad securitatem contractus res conductae sint oppignoratae: tunc enim propter constitutam hypothecam non coguntur cedere ante finitam locationem, etiamsi locator emtorve interesse offerat*”)²²⁸⁸, HOPPE (“*Kauf*

(...) *quando commodatarios propter factos in rem commodatam sumtus jure retentionis utitur*”), ou JUSTUS HENNING BÖHMER, *Doctrina de Actionibus ad Praxin Hodiernam et Novissimam Ordinationem Processus Electoralis Saxonici Accommodata*, Prostat in Officina Broenneriana, Francofurti, 1771, Sectio II, Cap. IV, § XXXVIII, p. 344 (“*Secus est, si iure retentionis, veluti ob impensas, se tueri potest, quia ita dominum non spoliat, sed iure suo utitur*”). Cf., na literatura secundária, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, p. 146.

²²⁸³ Em tal sentido, HERMANN ZOLL, *Kauff hebt Miethe nicht auf/ Sive Commentatio ad L. Emptorem 9. Cod. de loc. & cond. Qua Communis Sententia & hinc enata vulgaris paroemia: Kauff geht vor Miethe: Denuo & fusius reffellitur*, Sumptibus & Typis Hermanni Augustini Enax, Acad. Typ., Rinthelii, 1704, § VII, p. 24 (“*Judicialis autem expulsio, hoc casu, quo tempus locationis nondum est finitum, locum non habet. Interdictum enim unde vi quod alioquin locatori vel ex ejusdem cessione Emptori similive successore singulari contra Colonum restitutionem fundi detractantem & resistentem competit, eo casu, quo Colonus justam causam non restituendi habet, cessat in [D.43,16,12, in fine]*”), ou AUGUST RUDOLPH JESAIAS BÜNEMANN, *De Emtorem Conductorem Secundum Ius Civile Non Expellente Dissertatio*, Gottingae, 1761, § XV, p. 11 (“*Procul dubio iusta quoque causa nondum finitam Conductionem esse...*”). Expressamente contra esse entendimento, AYRER, *Prolusio Academica*, cit., p. 13 (“*... non obstante contractus locationis conductionis, quippe qui solus iusta et probabilis causa retinendi non est*”).

²²⁸⁴ Sobre o *Usus Modernus* como ciclo de passagem entre os Comentadores e a Escola Histórica, cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 392.

²²⁸⁵ Vide FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethe brechen?*, cit., p. 79; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 157-158.

²²⁸⁶ CARPZOV, *Responsa Juris Electoralia*, cit., Lib. V, Tit. III, *Responsum XVII*, nº 20, p. 27.

²²⁸⁷ *Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Prior*, cit., ad D.19,2, nº XIII, p. 516.

²²⁸⁸ *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia*, cit., ad D.19,2, nº XXVII, p. 1710.

gehét vor Miethé: Nisi (...) Conductor in re conducta hypotheca constituta)²²⁸⁹, GÖBEL (*“Addunt tamen exceptiones: (...) si conductor in re locata sibi pignus, aut hypothecam constitui curaverit, licet ipsi res tradita, pelli non potest”*)²²⁹⁰, HEINÉCIO (*“Conductor enim emtorem nec ex iure in re cogere potest, ut ne se expellat, quia nullum habet; nisi sibi forte hypothecam constituerit”*)²²⁹¹ ou LUDEWIG (para quem era suficiente uma hipoteca geral)²²⁹².

Continuou a aflorar a outra corrente que negava ao arrendatário o direito ao gozo efectivo da *res* quando lhe fosse pago o *id quod interest*. Mas, se a hipoteca fosse acompanhada por um *pactum de non alienando*, admitia-se largamente que a transmissão do direito do locador era inválida e, em consequência, o sucessor a título singular já não podia proceder ao despejo. Deste modo se exprimiram, por exemplo, FRANTZKE (*“Unde si emtor illi quod interest offert, hypotheca liberatur & consequenter conductor cedere teneatur (...) Nisi expresse inter locatorem & conductorem de non alienanda re pactio inita & in hinc eventum specialis hypotheca subnexa sit, quo casu praecise emtorem locationi stare debere communiter volunt...”*)²²⁹³, LAUTERBACH (o *pactum* impedia a alienação graças à eficácia *erga omnes* da garantia real)²²⁹⁴, STRYK²²⁹⁵, BERGER²²⁹⁶, WEGE²²⁹⁷, JOHANN

²²⁸⁹ *Examen Institutionum Imperialium*, cit., ad I.3,25(24), n° 34, p. 367.

²²⁹⁰ *Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, cit., § CXLIX, p. 92. O fundamento da excepção que impedia o despejo era, pois, o direito real conferido pela hipoteca – que tanto podia ser geral como especial (últ. loc. cit.).

²²⁹¹ *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, cit., ad I.3,25,(24), § DCCCCXXV, p. 240, em nota.

²²⁹² *Dissertatio Inauguralis Juridica, de Emtore Non Stante Locationi Antecessoris*, cit., § 21, pp. 41-42: *“Conductorem deinde, qui hypothecae constitutione sibi prospexit, liberum esse ab expulsionem emtoris certissimum est (...) Neque necesse est praedium venditum ut speciatim ei sit obligatum, conductor enim cui generatim omnia locatoris bona pignoris nexu obligate sunt, in praedio quoque vendito sine dubio ius reale sibi adquisivit”*.

²²⁹³ *Commentarius*, cit., ad D.19,2, n°s 241-242, p. 629.

²²⁹⁴ *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, n° LXII, p. 1377-1378, passagem já transcrita anteriorente.

²²⁹⁵ *Praelectiones Viadrinae de Cautelis Contractuum Necessariis*, cit., Sectio II, Cap. IX, § XVI, pp. 388-389: *“Securius tamen adhuc est, si dictae modo cautelas addatur clausula de praedio interim non alienando. Simplex enim hypotheca constitutio tantum conductori retinendi facultatem faceret, donec interesse consecutus, adeo, ut hoc refuse, tanquam causa pignoris soluta, conductor ex praedio discedere teneatur (...) Quodsi ergo cum hypotheca pactum de non alienando concurrat, nullius momenti erit venditio interim facta”*. Ver, também, *Usus Moderni Pandectarum, a Libro XIII. Usque ad XXII*, ad D.19,2, § LXXXI, p. 549.

²²⁹⁶ *Oeconomia Iuris*, cit., Lib. III, Tit. V, § XXVI, nota 1, p. 543: *“in re locata conductori constituta sit hypotheca, utpote quae tantummodo tribuit ius retinendi tantisper, usque dum obligationi ad id, quod interest, satisfiat (...) Cautela: ut hypothecae pactum adiiciatur de re non alienanda (...) die unternommene Veräußerung null und nichtig seyn solle”*.

²²⁹⁷ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, n° 86, pp. 629-630: *“Alia itaque cautela conductor sibi prospicere necessum habet, si solutione interesse non contentus esse, sed in locatione usque ad finem temporis in contractu conventi perseverare velit, quae esse potest. Si cum hypotheca constituta pactum de non alienando in contractu adponatur, si hoc cum hypotheca concurrat,*

BALTHASAR VON WERNHER (“*Commendat vulgo hanc cautelam, ut conductor in securitatem contractus sibi de hypotheca in re locata prospiciat. Sed per hanc cautionem nondum conductori satis consulitur; quippe quae hunc tantum effectum habet, ut is rem locatam atque oppignoratam tamdiu retinere queat, donec ipse intuitu ejus, quod interest, satisfactum fuerit (...) Igitur ut plenissime tutus reddatur, cum hypothecae constitutione conjungendum est pactum de non alienando*”)²²⁹⁸, BÖHMER (“*Idcirco consultum est pro conductore, ut eum in finem non modo hypothecam sibi constituendam, verum etiam pactum de non alienandum expressis verbis instrumento contractus inserendum curet. Tunc enim impetrat ius reale, plenarie eum securum reddens contra novum emtorem, personali tantum iure gaudentem*”)²²⁹⁹; “*Hinc emtor non tenetur stare locationi [C.4,65,9] nisi conductor sibi prospexerit de hypotheca, vel, quod tutius, pactum de non alienando simul adiectum sit*”²³⁰⁰), SCHAUMBURG (“*A necessitati tamen migrandi colonus dicitur immunis: (...) si locator promisit, se intra tempus in contractu praescriptum rem alienare nolle, eoque nomine hypotheca simul constituta...*”; “*Neque enim sola hypotheca constitutio (...) securitatem praestat*”)²³⁰¹, HERMANN HEINRICH VON ENGELBRECHT²³⁰², HELLFELD (“*... quibus successor singularis conductorem expellere nequit. Cessat enim ius expellendi: (...) si locationi pactum de non alienando intra tempus conductionis adiectum, simulque in*

nullius momenti erit venditio interim facta, nec conductor ob eam migrare tenetur (...) Nec opus est, ut hypotheca specialis rei locatae constituatur, sed sufficit generalis”: se o locatário considerasse que o mero pagamento do *interest* não era satisfatório e pretendesse permanecer no prédio até ao termo do período contratual, deveria conseguir a combinação entre a constituição de uma hipoteca (sendo suficiente uma hipoteca geral) e um pacto de não alienação – que tornariam a venda nula, permitindo-lhe o gozo efectivo.

²²⁹⁸ *Selectarum Observationum Forensium, Tomus II*, editio III, Sumtibus Iohannis Gulielmi Hartungii, Ienae, 1756, *Partis VII, Observatio CCXXVII*, n^os 4 a 6, p. 320: a hipoteca não oferecia ao locatário uma segurança absoluta, pois apenas lhe permitia reter a coisa enquanto não fosse satisfeito o seu interesse; para tornar plenamente segura a posição contratual do *conductor* havia que conjugar a hipoteca com o pacto de não alienação.

²²⁹⁹ *Exercitationes ad Pandectas, Tomus III*, cit., *Exercitatio LII*, Cap. III, § IV, p. 485: para obter uma plena protecção de cariz real contra o comprador, era aconselhável ao locatário não só a constituição de uma hipoteca como a celebração de um pacto de não alienação.

²³⁰⁰ BÖHMER, *Introductio in Ius Digestorum, ad D.19,2*, n^o 34, p. 395: para vincular o comprador à locação, era aconselhável ao locatário não só a constituição de uma hipoteca como a celebração simultânea de um pacto de não alienação. Só assim obteria uma plena segurança.

²³⁰¹ *Compendium Juris Digestorum*, cit., *ad D.19,2*, § XXIV, p. 500: o arrendatário estava protegido da expulsão se uma promessa do senhorio não alienar a *res* e a hipoteca fossem constituídas simultaneamente; a simples hipoteca (isto é, não acompanhada da promessa) não evitava o despejo.

²³⁰² *Selectiores Consultationes Collegii Jctorum Academiae Gryphiswaldensis*, Sumtibus Jacobi Loeffleri, Stralsundii et Gryphiswaldiae, 1741, *Responsum LXIV*, n^o 60, p. 315: “*... eines Theils Conductor sich nicht, besser wegen der Sicherheit sines Contracts prospiciet, noch in securitatem, die rem locatam zur Hypothec, nebst dem pacto de non alienando constituiren und veschreiben lassen (...) sic enim plane securus est, cum alienatio in eo casu sit ipso jure nulla*”.

securitatem huius pacti hypotheca in ipsa re conducta est constituta)²³⁰³, OTTO/DALMOLLE²³⁰⁴, AYRER²³⁰⁵ e QUISTORP/WALTHER²³⁰⁶.

Qualquer das alternativas não tinha respaldo dogmático. O pacto de não alienação, ainda que conjugado com a garantia, não conferia o *dominium* ao arrendatário e, portanto, não poderia impedir a transmissão do direito. Por seu turno, o pagamento do *id quod interest* do arrendatário extinguiu o *ius reale* gerado pela hipoteca, que era acessória da relação jurídica principal – e a cessação desta permitia que o adquirente mais não tivesse do que a obrigação de pagar ao *conductor* uma indenização por equivalente. Estas críticas não deixaram de estar presentes na literatura jurídica coeva²³⁰⁷, *maxime* em HAUNOLD²³⁰⁸, HERT²³⁰⁹ e, na recta final do *Usus Modernus*, GLÜCK²³¹⁰.

²³⁰³ HELLFELD, *Iurisprudentia Forensis*, cit., ad D.19,2, § 1063, p. 677.

²³⁰⁴ *Disputatio Iuridica De Iure Emptoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, § VI, p. 10.

²³⁰⁵ *Prolusio Academica*, cit., p. 16.

²³⁰⁶ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., § 26, p. 36.

²³⁰⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 158.

²³⁰⁸ *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia VIII*, nº 472, p. 156: apenas haveria direito de retenção enquanto não fosse satisfeito o *interest* do arrendatário (“... *si conductori fuisset res locata oppignorata, sive generali sive speciali hypotheca jam enim acquisivisset jus in re, possetque rem locatam pignoris loco retinere, donec sibi satis fierit quoad interesse locationis non observatae, ut tenet Bartolus in [D.19,2,32]*”).

²³⁰⁹ *De Pacto, Ne Dominus Rem Suam Alienet*, *Dissertatio, in Commentationum Atque Opusculorum de Selectis et Rarioribus ex Iurisprudentia Universali, Publica, Feudali & Romana, Nec Non Historia Germanica. Argumentiis, Volumen Primus*, Apud Ioh. Beniam. Andreae, & Henr. Hort., Francofurti ad Moenum, 1737, Tomus Tertius § XXII, p. 70: “*Et contrario plerisque placuit, hypothecam, sive generalem sive specialem, hoc tantum operari, ut conductori refundatur quod sua interest, eoque refuso vel oblato resolvatur ius retentionis. Esse enim hypothecam tantum accessorium ad principalem locatoris obligationem, eam autem solummodo dari in id quod interest, si conductori re locata uti frui non liceat, adeoque personalis obligationis ius ex tendere, eiusque terminos excedere non posse (...)* *Et sane supra diximus, pactum hypothecae tantum efficere, ut alienatio ratione paciscentium, non ratione tertii sit nulla. Sed nec pactum, ut ne res alienetur, licet cum hypotheca coniunctum, impedire potest, quo minus locatio conductio finiatur: conductor enim hoc pacto dominium rei conductae non acquisivit; transit itaque dominium ad emptorem, sed ita, si propter ius hypothecae interesse conductori praesterit*”.

²³¹⁰ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVIII-1, cit., ad D.19,2, § 1063, pp. 44-45: “*Das Pfandrecht hingegen hat an sich nur die Wirkung, daß der Conductor, im Fall einer erfolgenden Veräußerung, sich an die Sache selbst halten, und diese so lange retiniren kann, bis ihm Entschädigung wegen der früher geendigten Conduction geleistet worden ist*” (a garantia real permitia apenas a retenção da coisa até ao pagamento da indemnização); “*Die Wirkung der Hypothek, als ein Accessorium der Hauptverbindlichkeit, kann sich doch hier weiter nicht, erstrecken, als soweit die Verbindlichkeit des locators geht. Nun besteh, aber diese blos an der leistung des Interesse, wenn der Conductor im Falle einer erfolgten Veräußerung vor der Zeit vertrieben, und also hierdurch an der Benutzung der Sache gehindert wird. Nur in Rücksicht dieses Interesse wird also der Conductor durch die ihm zur Bestärkung des pacti de non alienando gegebene Hypothek sicher gestellt, nicht in Rücksicht der Fortdauer des Contracts (...)* *Denn durch die Bestellung der Hypothek wird die Natur des Pacht- oder Mierhcontracts nicht geändert*” (dada a sua acessoriada, a hipoteca visava garantir o pagamento do *id quod interest* pelo não cumprimento dos *pacta de non alienando* e não estava relacionada com a continuação da relação contratual: a constituição de uma hipoteca não podia alterar a natureza do contrato garantido).

Embora recorrente na doutrina do *Mos Italicus*, foi vastamente negado que um pacto de *non alienando* obrigasse o sucessor a respeitar a locação²³¹¹. Assim se pronunciaram, entre outros, LAUTERBACH (o acordo só impediria a alienação se tal fosse permitido pela eficácia *erga omnes* advinda de um garantia real)²³¹², WEGE (um pacto de não alienação sem ligação a uma hipoteca não tolhia a eficácia da alienação, uma vez que o mero pacto não transmitia o *dominium* e, por isso, também não podia impedir que ele fosse transmitido)²³¹³, STRYK²³¹⁴, WERNHER (“*Ex pacto de non alienando, adversus emtorem, aqui nequit, nisi vel is in dolo sit, vel constitutivo hypothecae accesserit*”)²³¹⁵, GÖBEL (“*si aliud cum emtore pactum initum, quod tamens de non alienando personale emtoris, cui res, soluto pretio, aut fide de eo habita, est tradita, jus reale impedire non potest*”: o pacto de *non alienando* tinha natureza pessoal e não era obstáculo para que a entrega da coisa vendida operasse a transferência de um direito real)²³¹⁶, SCHAUMBURG (“*neque sola promissio de non alienando conductori securitatem praestat*”)²³¹⁷, ENGELBRECHT²³¹⁸ e GLÜCK²³¹⁹.

²³¹¹ Deste modo, FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., p. 79, nota 274, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 156.

²³¹² *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima, D.19,2, nº LXII*, pp. 1377-1378: “*Vel si rem locatam ante tempus conductionis non alienaturum promiserit (...) nisi hoc in casu etiam rem locatam in securitatem contractus conductori oppignoraverit (...) qui enim, habet jus in re, ille pacto de re non alienanda potest impedire alienationem*”.

²³¹³ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, nº 87, p. 630: “*Neque conductor tutus est, licet in locatione adjuncta sit promisso de non alienando in praejudicium conductoris, absque tamen hypotheca. Nam alienatio per pactum vel contractum inter vivos impediri non potest, & per talem pactum non redditur inefficax alienatio postea secuta; quia, sicut per pactum solum non potest transferri dominium [C.2,3,20] ita per pactum impediri non potest, ne transferatur*”.

²³¹⁴ *Usus Moderni Pandectarum, a Libro XIII. Usque ad XXII, ad D.19,2, § LXXXI*, p. 549: “*Quapropter utile est ipsi conductori, ut non solum pacto sibi consulat de re pendente Conductione non vendenda, sed simul hypothecam sibi constitui curet, perquam jus in re conducta consequitur, quod emtori expulsuro opponere potest*”.

²³¹⁵ *Enunciata*, cit., *Enunciatum CCLXXV*, p. 552. Decorre do trecho que WERNHER considerava que o pacto de não alienação era oponível quando acompanhado de uma hipoteca, mas também quando o vendedor soubesse da sua existência.

²³¹⁶ *Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, cit., § CXLIX, p. 92.

²³¹⁷ *Compendium Juris Digestorum*, cit., ad D.19,2, § XXIV, p. 500.

²³¹⁸ *Selectiores Consultationes*, cit., *Responsum LXVI*, nº 56, p. 315: nem a promessa de não alienar feita pelo locador, nem o *pactum de non alienando*, atribuíam ao *conductor* qualquer direito à *res* em si, mas apenas uma acção pessoal para exigir o *id quod interest*; além disso, jamais vinculariam um terceiro como o comprador (“... *wann auch Locator versprochen hätte, daß Hauß quaestiones ante finitum conductionis tempus nicht veralieniert werden solte, dennoch der Conductor dem Emtori weichen muß, ejusmodi conventio nonnisi jus & actionem personalem ad interesse tribuat, sed rem ipsam non afficiat, adeoque adversus emtorem, seu tertium, vim suam haudquaue extendat*”).

²³¹⁹ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten, XVIII-1*, cit., ad D.19,2, § 1063, pp. 43-44: “*Denn das erstere [pactum de non alienando] giebt dem Conductor nur eine persönliches Recht gene der Locator auf Leistung des Interesse, wozu aber des Locator, vermöge des Contracts, schon ohnehin verpflichtet ist*” (o pacto de não alienação gerava a favor do locatário o mero direito pessoal de exigir ao locador uma indemnização por não cumprimento).

Também o juramento do locador, confirmando o contrato de locação, foi recusado como desvio à inoponibilidade da *locatio* ao sucessor a título singular²³²⁰, o que perpassava de passagens da autoria de BRUNEMMANN (“*Emtor non tenetur stare Locationi a venditore facta [C.4,65,9]. Idque ampliatur, licet (...) locator juraverit*”)²³²¹, LAUTERBACH (“*juramentum non mutare negotium, sed imitari naturam contratus, & omnes illius conditiones recipere; & cum juramentum sit personale (...) sequitur, emtorem locatoris juramento adstringi non posse*”)²³²², WEGE (o juramento era pessoal e, se não era transmissível aos sucessores a título universal, muito menos o seria aos que sucedessem a título singular)²³²³, STRYK (“*Juramentum non obligat successorem singulari*”)²³²⁴, BERGER (“*Kauff geht vor Mieth, [C.4,65,9] etiamsi iuratum sit*”: a compra prevalecia sobre a locação, ainda que esta fosse jurada)²³²⁵, WERNHER (“*Vulgatissimi juris est, quod emtor, imo quisque singularis successor, conductorem expellere possit [C.4,65,9; D.19,2,25,1]*”. *Etsi fortassis locator contractum, mediante jurejurando, confirmaverit. Non enim alia, nisi personalis, actio ad id, quod interest, contra venditore datur*”)²³²⁶, SAMUEL VON COCCEJI (“*ex jurejurando venditoris emtor non tenetur, cum sit obligatio personae*”)²³²⁷, ENGELBRECHT²³²⁸, OTTO/DALMOLLE²³²⁹, AYRER (“*Juramento locatoris (...) nec ipsi ius alienandi, nec emtori ius conductorem expellendi auffert*”)²³³⁰, isto é, o juramento do locador não afastava o direito de alienar, nem o direito de o comprador expulsar o locatário) ou GLÜCK (“... *die Verbindlichkeit aus einem Eide ist eine blos*

²³²⁰ Vide FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 78, e GENIUS *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 156-157.

²³²¹ *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, cit., ad D.19,2,25,1, n° 2, p. 565.

²³²² *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, n° LXII, p. 1377.

²³²³ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, n° 93, p. 632: “*Nam juramentum est personale, & neminem obligat, nisi Jurantem, nec ad successores univestales est transitorium; multo minus igitur obligabit successores singulares*”.

²³²⁴ *Annotationes ad W. A. Lauterbachii Jcti Celeberrimi Compendium Digestorum*, Sumpt. Joh. Ludovici Gleditsch, Lipsiae, 1708, ad D.19,2, anotação *Juraverit*), p. 589.

²³²⁵ *Oeconomia Iuris*, cit., Lib. III, Tit. V, § XXVI, nota 1, p. 543.

²³²⁶ Isto é, mesmo que o locador confirmasse por juramento o que fora contratado, mantinha-se a regra de que o sucessor a título singular podia despejar o locatário e este, por sua banda, tinha o direito de exigir o *id quod interest* ao vendedor/locador: *Selectarum Observationum Forensium, Tomus II*, cit., Partis VII, Observatio CCXXVII, n°s 2 e 3, p. 320.

²³²⁷ *Jus Civile Controversum*, cit., ad D.19,2, *Quaestio XXIII*, p. 830.

²³²⁸ *Selectiores Consultationes*, cit., *Responsum LXVI*, n° 55, p. 315: “... *wann gleich Locator den Contract mediante juramento bestätigt, dennoch Emtor, als singularis successor, den Conductoren zu expelliren, berechtigt*” (apesar de o locador ter confirmado o contrato por juramento, o sucessor singular estava legitimado a proceder ao despejo).

²³²⁹ *Disputatio Iuridica De Iure Emtoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, § VII, pp. 11-12 (de onde ressalta o carácter pessoal do juramento).

²³³⁰ *Prolusio Academica*, cit., p. 16.

persönliche”: a vinculatividade do juramento era meramente pessoal)²³³¹. Foi expressada opinião dissonante, mas manifestamente minoritária, por QUISTORP/WALTHER²³³².

Outro laivo de protecção do arrendatário surgiu com a exigência de o sucessor proceder a um aviso prévio de despejo²³³³. Sem pôr em causa a regra da possibilidade de expulsão pelo comprador, o Supremo Tribunal de Wismar decidiu, em Setembro de 1657, que o arrendatário rural não devia ser despejado imediatamente, concedendo-se-lhe um período adequado à colheita dos frutos produzidos²³³⁴. Assim, uma locação celebrada por um ano não poderia cessar antes de decorrido esse ano²³³⁵, o que se fundamentava numa necessidade de racional moderação judicial do direito e na equidade²³³⁶. Pretendia-se, como é manifesto, que um dos contraentes (o arrendatário) pudesse retirar do contrato os benefícios que se visavam com a sua celebração.

A dogmática doutrinal acompanhou a tendência ou até a ampliou aos arrendamentos urbanos, como atestam as exposições de BRUNNEMANN²³³⁷, WEGE (arrazoando que o juiz deveria conceder, a pedido do arrendatário, uma dilação na desocupação do imóvel, tendo em conta as circunstâncias e exigências do caso

²³³¹ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. XVIII-1, cit., ad D.19,2, § 1063, p. 46.

²³³² *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., § 27, p. 37. A posição era apoiada em “[m]ulti Doctorum” e no direito canónico, advertindo-se que o contrário era um convite ao perjúrio e à transgressão, em detrimento das leis divinas e humanas: “... *sententiam contrariam aperte invitationem ad delinquendum et perjurium continere, quae tamen contra omnes tam divinas Leges impingit, quam humanas*”.

²³³³ Sobre o ponto, FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 75, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 154, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 71.

²³³⁴ Cf. MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633: “*Postquam ex jure retracus quis in causa obtinuerat, conductorem agros sibi ut emptori cedere postulabat (...) Nec erat de eo dubitatio; sed tantum quando colonus post messem strumenta io aedificiis praedii habebat & nedum excusserat, pzaetera sine magna incommoditate sic statim abire non poterat, dum fructibus uti frui non permittebatur, in questionem venit, an eo non attento injungendus sit ex fundo abitus, an relinquendum spacium, & quodnam? Ita existimavimus, abitum ex fundo minime eam legem habere, ut statim sine mora & respectu commodi vel incommodi fieret, sed sic intelligendum quam primum fieri possit, sub eo vero comprehendendi quod commode licet*”.

²³³⁵ Cf. MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633: “*Et quidem in illam itum est sententiam, si ad annum spatium contracta sit locatio, non nisi post illum annum seu in quo anni tempore locatio finietur, & alias ex fundo discessus juxta pacta vel mores fieri debet, necessitatem ejus infligendam esse*”.

²³³⁶ Cf. MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633: “*Et licet nulla ejus in legibus mentio sit, tamen circa dilationes executionis multum valet rationabile judicis moderamen, (...) ex quo juxta aequitatem statuitur quod convenit*”.

²³³⁷ *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 2, p. 702 (onde é expressamente citado, *in fine*, o mencionado aresto).

concreto)²³³⁸, HERT (que endossava o princípio geral: “*Conductorum quidem re conducta excedendum esse, sed commodo tempore; & quam primum fieri possit. p. V Dec. 339 & hoc quidem recte*”)²³³⁹, LEYSER (Autor que aduzia um argumento baseado em D.46,3,105)²³⁴⁰, SCHAUMBURG (“*Utrum vero successor suo jure conductorem expellere possit, quod Praxis illi, ita tamen concedit, ut aliquod spatium migrationis causa conductorum dandum sit MEVIUS P. 5. Decis. 339*”)²³⁴¹, ENGELBRECHT (que mencionava a obrigação do comprador de uma casa respeitar os usos locais relativos ao prazo de denúncia do arrendamento)²³⁴² ou GERHARD/PUND²³⁴³.

Em contraponto, referindo-se à parte da decisão do Supremo Tribunal de Wismar que se seguia à respectiva nota 3, HERT arrazoava que a sua doutrina dificilmente poderia ser acolhida, a não ser que se quisesse esvaziar de conteúdo a regra geral: “*Verum, quod n. 3 & seqq. addit si ad annum spatium contracta sit locatio, non nisi post illum annum seu in quo anni tempore locatio finietur, & alias ex fundo discussus juxta pacta vel mores fieri debet, necessitatem ejus infligendam esse, vix*

²³³⁸ *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, nºs 81 (“... *sed si conductor dilationem petat, & honestam aliquam causam allegat, iudex in dilatione concedenda non adeo difficilis esse, sed aliquod tempus indulgere debet...*”) e 82 (“... *ideoque hoc arbitrio Judicis relinquendum, qui pro personarum, factorum & circumstantiarum diversitati judicabit, quantum spatium, quo aliam commodam habitationem acquirere, & cum sua supellectille commode discedere possit, requiratur. Quia ea, quae certam determinationem non habent, ex aequo & bono iudicis definiuntur*”), p. 628.

²³³⁹ *De Paroemiis Iuris Germanicis, Libri Tres*, in *Commentationum Atque Opusculorum de Selectis et Rarioribus ex Iurisprudencia Universali, Publica, Feudali & Romana, Nec Non Historia Germanica. Argumentiis, Volumen Secundum*, Apud Ioh. Beniam. Andreae, & Henr. Hort., Francofurti ad Moenum, 1737, Lib. I, *Paroemia XLVI*, § V, nº 2, p. 318.

²³⁴⁰ *Meditationes ad Pandectas, Volumina III et IV*, cit., *Specimen CCXX*, VII, ad D.19,2, p. 696. LEYSER concordava inteiramente com a decisão recolhida por MEVIUS, pois era necessário conceder ao arrendatário expulso um período adequado à colheita dos frutos plantados, à procura de uma nova habitação e ao transporte das suas coisas (“*Venditio rei locatae tollit conductionem factam & emtor conductorem impune expellit, [C.4,65,9]. Monet tamen rectissime Mevius P. 5 dec. 339 istud jus expellendi cum aliquo temperamento intelligi debere, ut conductor non confestim cedere necessum habeat, sed aliquod ei spatium, intra quod fructus colligere, de ali sibi habitatione prospicere & res sua commode transportare possit, indulgendum sit*”). O juriconsulto apontava, em abono da solução, D.46,3,105 (“*Rationibus & legibus, quas Mevius pro stabilienda sententia sua adfert, addi potest argumentum [D.46,3,105]*”). Segundo esse texto, o herdeiro tinha a obrigação de pagar imediatamente ao fideiussor do testador aquilo que ele pagara antes da aceitação da herança; mas tal devia ser entendido com a moderação temporal necessária, pois não havia a obrigação de levar a bolsa quando se aceitasse a herança (“*Quod dicimus in eo herede, qui fideiussori testatoris id, quod ante aditam hereditatem ab eo solum est, debere statim solvere, cum aliquo scilicet temperamento temporis intellegendum est: nec enim cum sacco adire debet*”).

²³⁴¹ *Compendium Juris Digestorum*, cit., ad D.19,2, § XXIII, p. 500.

²³⁴² “... *dem conductori Cajo das Hauß gebürlich, nach ihres Ortes Gewohnheit, aufgekündigt worden...*”: *Selectiores Consultationes*, cit., *Responsum XLIV*, nº 38, p. 314.

²³⁴³ *Dissertatio*, cit., Cap. III, § IX, p. 30: “*Sed haec regula [Kauf geht vor Miethe] neque apud nos est sine conditione vel exceptione: dum ab antiquo requiritur, ut conductor certo ac definito tempore de migrationis necessitate certior fiat*”.

*recipi potest, nisi frivolum & inane velimus reddere & Leges Romanarum & paroemiae nostrae sententiam*²³⁴⁴.

Em suma, não obstante as exceções opostas à disciplina geral²³⁴⁵, esta continuava a ser aceite. BÖHMER assinalou-o com toda a nitidez, ao afirmar que *Kauf geht vor Mieth* era correctíssimo, quer na praxe, quer teoricamente: “*Kauf geht vor Mieth, id quod non in praxis solum, sed etiam theoria est verissimum*”²³⁴⁶.

Mas, no ano de 1687, HERMANN ZOLL, Professor da Universidade de Rinteln, deu à estampa um ensaio em que refutou aquela máxima²³⁴⁷, aventando uma interpretação dos textos romanos em sentido oposto.

A proposta de ZOLL foi rebatida em 1689 pelo Professor de Marburgo OTTO PHILIPP ZAUNSCHLIFFER²³⁴⁸. ZOLL ofereceu réplica em 1690²³⁴⁹, à qual ZAUNSCHLIFFER respondeu em 1691^{2350 2351}.

Em 1704, ZOLL publicaria um terceiro trabalho sobre o tema, já fora (embora na decorrência) da controvérsia que manteve com o académico marburguês²³⁵². Será a ele que nos dedicaremos, uma vez que constituiu a posição final do Autor²³⁵³.

²³⁴⁴ *De Paroemiis*, cit., Lib. I, *Paroemia XLVI*, § V, n° 2, pp. 318-319 (cf., também, GERHARD/PUND, *Dissertatio*, cit., Cap. III, § IX, p. 30). Diferentemente, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 154, nota 82, interpreta o excerto no sentido de que HERT considerava “*frivola*” e “*inane*” a regra romana.

²³⁴⁵ Embora não com a mesma prodigalidade com que o faziam os juristas do *Mos Italicus*.

²³⁴⁶ *Exercitationes ad Pandectas, Tomus III*, cit., *Exercitatio LII*, Cap. III, § IV, p. 485. Vide LUIG, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, cit., p. 44.

²³⁴⁷ *Dissertatio Juridica ad L. Emptorem 9. C. de loc. & cond. Communem ejusdem Legis Interpretationem & hinc enatum illud vulgare: Kauff gehet vor Mieth: Refellens*, Habita Rinthelii d. 30. Aprilis 1687, in OTTO PHILIPP ZAUNSCHLIFFER, *Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698, Pars I, pp. 57 e ss..

²³⁴⁸ *Vindicia Secundum Communis Opinionis Veritatem: Seu Dissertatio Juridica Ad L. Emptorem 9 C. de locato & conducto. Communem ejusdem & parallelarum legum interpretationem ac praxin, & hinc enatum vulgare. Kauff gehet vor Mieth/Ab objectionibus quibusdam defendere satagens*, in *Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698, Pars I, pp. 76 e ss.. Os opúsculos de ZAUNSCHLIFFER baseavam-se na interpretação tradicional e não apresentaram quaisquer novidades.

²³⁴⁹ *Defensio Novae Sententiae. Kauff hebt Mieth nicht auff: Adversus Vindicias Clarissimi cujusdam Jcti*, in OTTO PHILIPP ZAUNSCHLIFFER, *Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698, Pars I, pp. 91 e ss..

²³⁵⁰ *Vindiciae Vindiciarum, Pro veritate in Jure Naturali & Civili radicata Tritti illius Kauff geht vor Mieth/Ad L. 9. C. de locat. & cond. Cum similibus Proposita in Epistola ad Amicissimum Antagonistam Virum Praenobilissimum, Amplissimum & Excellentiissimum, Dn. Hermannum Zoll/Jct. Rintheliensem & Antecess, Prim.*, Excusa 1691. & recusa 1698., in *Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698, Pars I, pp. 137 e ss..

²³⁵¹ A disputa desenvolvida entre os dois juristas é referida por vários Autores (v.g. GLÜCK *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVIII-1, cit., ad D.19,2, § 1061, p. 15, nota 22; FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 80), mas, daqueles que consultámos, foram DANIEL NETTELBLADT, *Von der Streitigkeit, welche über die Frage: Ob Kauf Mieth breche? Zwischen Hermann Zolln und Otto Phillip Zaunshliffen entstanden*, in “Hallische Beyträge zu der Juristischen Gelehrten Historie”, Zweyter Band, V. bis VIII. Stück, Siebendes Stück, 1757, IV, pp. 525 e ss., e especialmente GENIUS *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 158-162 (quanto ao seu conteúdo), quem a analisaram com verdadeiro pormenor.

Os pontos fulcrais da argumentação de ZOLL foram os seguintes:

- a) Os textos romanos (D.43,16,1,10) afastavam a tutela possessória do *colonus*, mas não do *inquilinus*; este seria protegido pelo *interdictum unde vi*, à semelhança do usufrutuário (“*Inquilinus loco possessoris constitutus censetur, ideoque, uti usufructuarius, re ipsa & in effectu pro possessore habetur, eique interdictum unde vi conceditur, [D.39,5,27²³⁵⁴] quod tamen colono denegatur [D.43,16,1,10]*”)²³⁵⁵.
- b) Se o comprador ou outro sucessor exercessem a *rei vindicatio* ou o *interdictum unde vi* contra o *colonus*, o último podia defender-se por via da *exceptio doli*, com fundamento na existência do contrato, tornando a *actio* ineficaz (“*Et quamvis Emptor similisve successor rei vindicatione aut interdictum unde vi propter denegationem restitutionis fundi locati ex cessione venditoris in se translatum instituat, quoniam tamen Colonus ex contractu fundum locatum juste detinet, utraque actio propter exceptionem contractus & doli inefficax est...*”)²³⁵⁶.
- c) Como justificação expunha-se que, se a excepção alicerçada na existência do contrato podia ser deduzida perante a contraparte contratual, também o poderia ser face ao sucessor a título singular, a favor do qual o *locator* não poderia transmitir mais direitos do que aqueles de que era titular (D.50,17,54) – “*Est enim certissimum & ab interpretibus approbatum juris dogma: quod exceptio, quae ex obligatione ad haeredes transitoria descendit, ideoque rei non personae contrahentis cohaeret, etiam singulari successoris obstat (...)* Nemo enim plus juris in alium transfere potest quam

²³⁵² *Kauff hebt Miethenicht auf/ Sive Commentatio ad L. Emptorem 9. Cod. de loc. & cond. Qua Communis Sententia & hinc enata vulgaris paroemia: Kauff geht vor Miethen: Denuo & fusius reffellitur*, cit..

²³⁵³ Sobre a argumentação expendida por ZOLL, cf. FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethen brechen?*, cit., pp. 80-81, e GENIUS *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 162-164.

²³⁵⁴ Perante a concessão de um apartamento a Nicostratus pelo seu falecido aluno Aquilius Regulus (concessão que era considerada onerosa e se afastava do campo da doação porque fora feita em remuneração da actividade prestada), prescrevia-se que “*Quod si expulsus nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit*”: se Nicostratus fosse expulso e recorresse ao juiz, defender-se-ia através do *interdictum* outorgado ao usufrutuário, como se fosse um possuidor que aceitou o uso do apartamento.

²³⁵⁵ ZOLL, *Kauff hebt Miethenicht auf*, cit., § III, pp. 13 e 14; veja-se, ainda, o § IV, p. 15. Contrapondo que não há vestígios de tal tese nas fontes, cf., por exemplo, AYRER, *Prolusio Academica*, cit., pp. 9-10.

²³⁵⁶ ZOLL, *Kauff hebt Miethenicht auf*, cit., § IX, p. 26.

ipse habet [D.50,17,54]²³⁵⁷. A regra *nemo plus iuris* acabava por ser, verdadeiramente, o âmago da teoria de ZOLL²³⁵⁸.

- d) O arrendatário tinha à sua disposição contra o vendedor a *actio spoli* do direito canónico, pelo que poderia alcançar a restituição da *res* se dela fosse ilicitamente privado – “... *Conductor* durante *contractu*, *ideoque injuste, dejecto, remedium canonis Redintegranda caus. 3. quaest. 1. contra dejectientem competit* (...) *praxi recepta etiam ad Laicos applicatur* (...) *Quae sententiam etiam communi Dd. calculo est aprobata*...”²³⁵⁹.

O corolário da exposição era, destarte, a inexistência de meios processuais à disposição do *singularis successor* para efectivar o despejo do *colonus* (o *inquilinus*, segundo ZOLL, já estaria à partida protegido pelos *interdicta*)²³⁶⁰.

Como observámos ao longo deste ponto, a influência da teoria de ZOLL foi muito escassa entre a generalidade dos juristas do *Usus Modernus*, que não seguiram a sua interpretação do *ius romanum*²³⁶¹. Houve excepções, todavia, como as dissertações de PHILIPP LUDWIG BECK²³⁶², BÜNEMANN²³⁶³ e JOHANN HEINRICH HERMANN FRIES²³⁶⁴.

²³⁵⁷ ZOLL, *Kauff hebt Miethenicht auf*, cit., § XI, p. 32.

²³⁵⁸ Como é evidente, ao argumento podia atalhar-se que o vendedor transmitia o direito de reivindicação de que era titular como proprietário; mas a “*exceptio locationis*” (de índole puramente obrigacional) que o arrendatário contra ele pudesse deduzir não era oponível ao comprador. Neste exacto sentido, *vide*, por exemplo, OTTO/DALMOLLE, *Disputatio Iuridica De Iure Emtoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, cit., § VI, p. 9 (“*Quinimo ipse locator, durante locationis tempore, habet facultatem rem suam vindicandi, sed obstat ei exceptio locationis, quae emtori opponi non potest*”). Também contra ZOLL, QUISTORP/WALTHER, *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., § 23, pp. 31-32.

Já ZAUNSCHLIFFER, *Vindiciae Vindiciarum*, cit., § 3, p. 145, acusara o seu oponente de uma confusão entre os direitos reais e os *iura ad rem*: “*Quis enim nescit rei arctius adhaere jus in re: quam contractum tanquam jus ad rem? quae duo (quod quilibet deprehendet) a Viro Clarissimus in tota lite semper confunduntur*”.

²³⁵⁹ ZOLL, *Kauff hebt Miethenicht auf*, cit., § XII, p. 39; § XVI, pp. 48-49.

²³⁶⁰ Como conclui FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethen brechen?*, cit., p. 80.

²³⁶¹ Deste modo, NETTELBLADT, *Von der Streitigkeit, welche über die Frage: Ob Kauf Miethen breche?*, cit., § 14, p. 547, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 167.

²³⁶² *Dissertatio Inauguralis Iuridica De Conductore in Locatorem Iuste Retorquente Paroemiam Kauff bricht Miethen ad Illustrandos Textus L. 25. §. 1 L. 32. ff. et L. 9. Cod. Loc. Cond.*, Typis Ioh. Georgii Meyeri Acad. Typogr., Altorfii, 1745: a posição de ZOLL era a correcta (“*quando de iustitia, aequitate et de ipso puncto iuris quaeritur, mihi omnino veriore sententiam Zollianam*” – § I, p. 5), não tendo o comprador meios de reacção contra o arrendatário (“*Nullam emtori ad expellendum conductorem superesse actionem*...” – § II, p. 7). Por precaução, aconselhava-se o locador a ceder a sua posição ao comprador, evitando uma responsabilização contratual (“*Suadent, ut Locator suum ius cedat Emtori in ipsa venditione. Hac enim Cessione facta, firmiter sibi persuadent, nonsolum cessare omnem actionem ad interesse, qua alias experiri potuisset conductor contra iniquissimum suum Locatorem, contractum non servantem*” – § III, p. 8).

²³⁶³ *De Emtorem Conductorem Secundum Ius Civile Non Expellente Dissertatio*, cit.: se o locador apenas podia proceder ao despejo antecipado nas hipóteses previstas em C.4,65,3, tal era

Foi seguida outra linha de investigação que, recebendo a *interpretatio* conducente ao direito de expulsão pelo sucessor a título singular, tentava obstar a esse resultado através de novos expedientes de atribuição de eficácia real à posição do arrendatário. Foram seus representantes DANIEL FRIEDRICH HOHEISEL e HEINRICH LAMPE.

Para HOHEISEL, o direito natural não distinguia entre *iura in rem* e *iura ad rem*²³⁶⁵, mas o Autor aceitava a interpretação tradicional da regra romana e a sua vigência como direito positivo, uma vez que o locatário não tinha qualquer direito real oponível ao sucessor a título singular²³⁶⁶. Propunha, desta feita, um modo de conferir ao arrendatário um direito real e de obstar ao despejo antecipado²³⁶⁷: a constituição de um usufruto temporário²³⁶⁸. Para tanto, bastaria adicionar ao contrato o termo “usufruto”²³⁶⁹.

extensível ao comprador (“*Emtor enim, non alio jure quam venditor, expellere potest conductorem, quod jus satis clare definit [C.4.65,3]...*” – § VII, p. 7), pois não lhe podiam ser transmitidos mais direitos do que aqueles de que o transmitente era titular (“*Venditor qui fructum locando, utilitatem jam vendidit & tradit, plus transferre in successorem nequit, quam habuit ipse*” – § VIII, p. 7); assim, só por manifesto “*error pragmaticus*” se podia defender que a venda prejudicava a locação (§ XI, p. 9). D.43,16,12-18pr. também forneceriam uma defesa contra o comprador (no primeiro caso porque a justa causa de resistência incluiria o próprio contrato de locação; no segundo porque o mandato do comprador no sentido da expulsão era ilícito – § XV, p. 11) e, mais uma vez, defendia-se que o comprador não dispunha de meios processuais contra o locatário (§ XXVIII, pp. 16-17, e § XXXVI, pp. 23-24).

²³⁶⁴ *Meditatio Juridica de Iniquitate et Instabilitate Vulgati: Kauf geht vor Mieth, Sumtibus Joannes Gottlieb Garbe, Francofurti ad Moenum, 1762*, obra extensa mas da qual destacaremos a defesa de que o direito romano previa diversas soluções que contrariavam a máxima “*Kauf geht vor Mieth*”, como, entre muitas outras, a regra “*nemo plus iuris*”, o respeito pelo valor vincutivo dos *pacta* (D.2,14,7,7) ou a regra “*nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*” (D.50,17,75) (§ XI – pp. 26-29). Por outro lado, interpretavam-se no sentido de a locação ser oponível ao sucessor a título singular os textos contidos em D.19,2,25,1 (por exemplo, “*alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*” não poderia impedir que o arrendatário exigisse a prestação *in natura* do gozo do imóvel, o que seria oponível a quem tivesse o uso da coisa, como comprador que o proibira de habitar – § XII, pp. 32-33), D.19,2,32 (na parte final do fragmento determinava-se a responsabilidade do herdeiro, mas não se atribuía ao legatário um direito de expulsão – § XIII, p. 36) e C.4,65,9 (“*Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum*” apenas poderia significar que ao comprador não se transmitia qualquer obrigação de indemnização de danos – § XIV, p. 38).

²³⁶⁵ *Decisio Quaestionis Inter DD. Agitatissimae: Utrum Successor Singularis, Expellere Queat Conductorem? Vulgo: Ob Kauf Mieth breche? Qua, Evitandarvm Omnivm Litium Ergo, Novus Aliquis Contractus, Locatores Inter et Condvctores Celebrandus, Commendatur*, editio nova, Impensis Ioan. Friderici Grunerti, Acad. et Senat. Typogr., Halae Madbeburgicae, 1735, § XII, p. 15.

²³⁶⁶ HOHEISEL, *Decisio Quaestionis Inter DD. Agitatissima*, cit., § VI, p. 9: “*At in IURE CIVILI tritissima est distinctio inter ius in rem & ad rem. Iuris in re quinque sunt species, quarum nulla conductori tribuitur, unde unice ius ad rem ipsi competere dicendum est. Quare tantummodo actio personalis locatori eiusque haeredibus intentandam eu competit, contra successorem vero singularem minime datur*”.

²³⁶⁷ HOHEISEL, *Decisio Quaestionis Inter DD. Agitatissima*, cit., §§ XII, p. 15: “*Interim quum ista distinctio iure civili sit introducta & stabilita, sic demum plenissime prospici poterit conductori, si ei ius in re, mediate ipso conductionis contract, concedi & constitui queat, idque, quod caput rei est, iuri civili convenineter ac confirmiter*”. HOHEISEL apresentava uma minuciosa “*formula contractus*” a ser utilizada na concreta celebração do negócio (§ XIV, pp. 17-21).

²³⁶⁸ HOHEISEL, *Decisio Quaestionis Inter DD. Agitatissima*, cit., §§ XIII, pp. 16-17: “*Ergo, si ingenue mecum agere vis, fateare necesse est, conductorem reapse habere usufructum (& quidem*

Com objectivos semelhantes aos de HOHEISEL, LAMPE ainda se debruçava nos finais do século XVIII sobre os modos de acautelar a sobrevivência da detenção do *conductor* após a venda, uma vez que pressupunha a plena aplicação das regras gerais de C.4,65,9 e D.19,2,25,1²³⁷⁰. Depois de concluir que as várias formas de protecção gizadas pela doutrina ao longo do tempo (pacto de *non alienando*; juramento do *locator*; constituição de garantia real sobre a *res*, ainda que combinada com um pacto de não alienação) não eram dogmaticamente sólidas²³⁷¹, LAMPE aventava a constituição temporária dos direitos de usufruto, enfiteuse e superfície sobre a *res* locada: “*Quae hactenus disserui de insufficientia cautionum, quibus Iurisconsulti conductoribus prospicere student, certe eam cautionem non semper eu ubique tagunt, quae ultimo loco posita apparet, et quae constitutione ususfructus iuris emphyteuticarii et superficiei in re locanda conducenda absoluitur*”²³⁷².

Como é óbvio, deparava-se um obstáculo ao efeito pretendido por construções do tipo das de HOHEISEL e LAMPE: embora indubitavelmente munissem o arrendatário de um direito real, elas dependiam do acordo do *locator*²³⁷³. Sem ele, continuava a vigorar a solução romana.

1.2.5.5 – A progressiva recusa da *locatio ad longum tempus*

Já no século XVI e nos inícios da centúria de seiscentos a *iurisprudencia* alemã se mostrara dividida na aceitação da *locatio ad longum tempus*, mercê da penetração das tendências humanistas²³⁷⁴. Mas será o ambiente jusracionalista quem criará o contexto propício a que os representantes do *Usus Modernus Pandectarum* desferissem doutrinariamente o golpe fatal contra a figura medieval²³⁷⁵.

formalem, uti Dd. loquuntur) ad tempus aliquod ipsi constitutum, eique ad ius reale, ad servitutum, ad usumfrutum nihil deesse, praeter hunc unicum terminum USUSFRUCTUS”.

²³⁶⁹ HOHEISEL, *Decisio Quaestionis Inter DD. Agitatissima*, cit., §§ XIII, p. 17: “*Sed in terminis faciles simus; immo hunc terminum in contractu adhibeamus, sic erimus amici, & omnibus controversia de iure expellendi colonum vel habitatorem erit finita. Nam nimiae subtilitati satisfactum videbitur etiam nomine ususfructus addito, ut mea faciam Verba [C.3,13]*”. Segundo C.3,13,2, se alguém deixou em legado o usufruto de habitação, a aposição do nome usufruto já satisfazia as mais minuciosas subtilezas (“*Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito*”).

²³⁷⁰ *Dissertatio Inauguralis De Vi et Efficacia Cautelarum Pro Tuendo Iure Conductoris Adversus Emtorem Rei Locatae Expellentem*, Typis Io. Chr. Dieterich, Goettingae, 1795.

²³⁷¹ LAMPE, *Dissertatio Inauguralis*, cit., §§ 5-8, pp. 15-30.

²³⁷² LAMPE, *Dissertatio Inauguralis*, cit., §§ 9-10, pp. 30 e ss. (§9, pp. 30-36: usufruto); (§10, pp. 37-38: enfiteuse e superfície).

²³⁷³ GENIUS, ob. cit., p. 167.

²³⁷⁴ Vide, *supra*, II.1.2.3.5.

²³⁷⁵ Veja-se, de novo, a reflexão de GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 202-203.

É certo que, especialmente no período inicial desta corrente, algumas vezes ainda endossaram a tese da eficácia real da locação celebrada por longo tempo²³⁷⁶. Assim, CARPZOV excepcionava da regra da inoponibilidade da locação ao comprador a *locatio* que fosse *ad longum tempus*, pois transferia a favor do *conductor* a posse e o domínio útil: “*Non enim emtorem convenire potest, quem nec realiter nec personaliter obligatum habet, ex conductione quippe nulla datur de dominio actio realis, quia contractus hic dominium non transfert, nisi sit locatio ad longum tempus; per quam solam transfertur possessio & utile dominium*”²³⁷⁷.

Semelhantemente, BRUNNEMANN via na *locatio ad longum tempus* um desvio a C.4,65,9, (o que dizia ser a opinião prevalecente no foro: “*nisi ad longum tempus facta locatio, quia tunc conductor accepit aliquid ius reale in fundo ex opinione in foro recepta*”)²³⁷⁸.

HAUNOLD desenvolveu uma vasta exposição de defesa da eficácia *in rem* e da transferência do domínio útil pela *locatio ad longum tempus*²³⁷⁹, lançando mão de argumentos como, por exemplo, a previsão genérica da concessão de uma acção real a quem tomara em locação *ad longum tempus* (ou seja, por dez ou mais anos: “*Ex [D.43,18,1,3] ubi universim conceditur actio in rem ex locatione ad non modicum tempus, hoc est, (ut communiter accipitur) decennium, vel ultra*”)²³⁸⁰, a imediata existência de *causa cognita* se a locação fosse por longo tempo (“*Sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negatur ei in rem actio. Et sane causa cognita, ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*”)²³⁸¹ ou a impossibilidade de existir um direito de edificação por quem não fosse *dominus* (“*...aedificatio non potest recte fieri a non domino...*”)²³⁸². Consequentemente, como o locatário *ad longum tempus* era titular de um direito real,

²³⁷⁶ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 147 e 149-150.

²³⁷⁷ CARPZOV, *Responsa Juris Electoralia*, cit., Lib. V, Tit. III, *Responsum XVII*, nºs 9 e 10, p. 26.

²³⁷⁸ BRUNNEMANN, *Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, cit., ad C.4,65,9, nº 1, p. 702. O Autor dava nota da posição contrária de AIRES PINHEL.

²³⁷⁹ *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia V*, nºs 450 e ss., pp. 150 e ss..

²³⁸⁰ HAUNOLD, *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia V*, nº 451, p. 150.

²³⁸¹ HAUNOLD, *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia V*, nº 451, p. 150.

²³⁸² HAUNOLD, *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia V*, nº 452, p. 150.

pois tinha o domínio útil, o “*successor particularis*” do direito de propriedade do locador estava obrigado a manter a *locatio*: “*Sed quidsi locatio fuisset ad longum tempus, adeoque (in nostra setentia superiis defensa) Conductori competeret jus in re, tanquam habenti utile dominium? Tunc locatoris successor particularis in proprietate tenetur stare contractui...*”²³⁸³.

Em sentido contrário, negando quaisquer efeitos reais à celebração de uma *locatio*, pronunciaram-se, *colorandi causa*²³⁸⁴, FRANTZKE (a locação – incluindo a celebrada por longo tempo – transmitia somente o uso da *res* e não implicava a alienação do *dominium*)²³⁸⁵, HAHN (que, aplaudindo CONNANO e WESENBECK e contra a opinião comum, invocava D.19,2,39)²³⁸⁶, LAUTERBACH (a locação, fosse ou não *ad longum tempus*, não transferia o domínio ou a posse, pois era o acordo e não o prazo convencionado que determinava a natureza do contrato)²³⁸⁷, STRUVIO (para quem a *locatio ad longum tempus* não era uma exceção à regra de que a locação não transferia o *dominium* ou quaisquer direitos reais)²³⁸⁸, STRYK (embora admitisse que a posição contrária estava muito presente na prática forense)²³⁸⁹, WEGE (que

²³⁸³ HAUNOLD, *Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, cit., *Tractatus X*, Cap. IV, *Controversia VIII*, nº 472, p. 156.

²³⁸⁴ Vejam-se as referências oferecidas por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 147 e 149.

²³⁸⁵ *Commentarius*, cit., ad D.19,2, nº 29, p. 603: “*Adeo autem verum est, quod in locationem transeat saltem usus rei, ut nec si fiat in longum tempus, puta X. aut plurium annorum, res alienetur aut dominium etiam quod vocant, utile transeat*”.

²³⁸⁶ *Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Prior*, cit., ad D.19,2, nº IIX, p. 515: “*... volunt Dd. locationem post decennium tribuere utile dominium atque esse speciem alienationis. Verum ista Dd. sententiae minime attendenda est (...) Recte ergo Conn. & Wes. id improbat, quia ex natura hujus contractus fieri non potest ut dominium transferatur, juxta essatum Ulpiani in [D.19,2,39]*”.

²³⁸⁷ *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, D.19,2, nº LXXIV, p. 1383: “*Hac ipsa autem rei traditione regulariter neque dominium, sive aliud jus in re [D.19,2,39] (...) neque vera possessio (...) etiamsi locatio & conductio ad longum tempus fuerit contracta (...) Natura enim negotii non mutatur, nec contractus distinguuntur temporis adjuncto; sed propria conventionis forma*”.

²³⁸⁸ *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia*, cit., ad D.19,2, nº XVIII, p. 1703: “*Dominium vero aliudve jus in re in ipsum haud transfertur (...) tametsi in longum tempus facta locatio*”.

²³⁸⁹ *Continuatio Usus Moderni Pandectarum, a Libro VI. usque ad XII.*, editio VI, in Bibliopolio Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1729, ad D.6,1, § X, p. 9. Para STRYK não restavam dúvidas, face a textos como D.19,2,39, que a *locatio ad longum tempus* não transferia o domínio útil e, consequentemente, ao contrário do enfiteuta, o *conductor ad longum tempus* não podia exercer a *rei vindicatio utilis*. Mas os não escassos apoios que a tese contrária encontrava na praxe forense levavam o Autor a ressaltar, algo titubeantemente, que o contrário teria aplicação se fosse verdadeira a “*máxima prática*” de que a locação por longo tempo transmitia o domínio útil (“*De aliis dominii utilis speciebus eadem formanda decisio. Unde & emphyteuticario rei vindicationem competere, ex [D.6,3,1] colligunt, licet hoc textu non pauci abutantur, qui inde generatim concludendum existant; per locationem ad longum tempus transferri dominium aliquod utile; quae sententia sine dubio refragatur clarissimo textui in [D.19,2,39] (...) applausum tamen in foro apud non paucos meruit. Carpz. Lib.5. Resp. 17. num. 5. (...) Quae practicum sententia si vera esset, de qua tamen adhuc merito dubitandum, non deneganda foret conductori ad longum tempus utilis rei locatae vindicatio*”).

desenvolveu uma extensa argumentação visivelmente marcada pelo legado humanista)²³⁹⁰, WERNHER (o locatário não possuía e tinha a mera detenção da *res*, ainda que fosse *ad longum tempus*)²³⁹¹, SAMUEL VON COCCEJI²³⁹², AYBLINGER²³⁹³, MÜLLER (a *locatio ad longum tempus* não tinha qualquer especificidade e também se lhe aplicava a regra da prevalência do direito do sucessor a título singular)²³⁹⁴, HERT²³⁹⁵, OTTO/DALMOLLE²³⁹⁶, MENCKEN/ VARNESE²³⁹⁷, LUDEWIG²³⁹⁸ e QUISTORP/WALTHER²³⁹⁹.

²³⁹⁰ WEGE, *De Locatione et Conductione Tractatus*, cit., Cap. XII, nº 108 e ss., pp. 643 e ss.. Para o Autor, não existia qualquer razão jurídica sólida para que a *locatio ad longum tempus* limitasse a regra de C.4,65,9 (“*Verum enim vero, hanc limitationem nulla solida niti juris ratione, ex quaestione proxime*” – nº 108, p. 643), desde logo por força de D.19,2,39 (nº 110, p. 644). Acrescia que o tempo não era um modo de transferência do *dominium* sem que fosse acompanhado por um título justo e idóneo (“*Sicut nec tempus est modus dominii transferendi absque justo & idoneo titulo*” – nº 110, p. 635), nem poderia mudar a natureza do contrato (“*Nec temporis qualiscunque adjectio variat ipsam contractus naturam*” – nº 110, p. 645). Invocando AIRES PINHEL, WEGE manifestava-se contra a aplicação da tutela processual *in rem* constante dos regimes da locação dos *agri vectigales* e da superfície, que constituíam situações especiais (“... *hoc agrorum vectigalium proprium esse, sive in perpetuum, sive ad tempus locentur, ut conductoribus utilem in rem tribuant actionem; quod autem ad aliorum fundorum conductiones transferri & extendi non debet*” – nº 10, p. 646; “*esse singulare in superficiario, ut, si non ad modicum tempus conduxerit, utilis in rem actio detur. Rationem hujus specialitatis in eo constituit, quod, cum superficiarius in alieno solo habet, [D.43,18,1,1] reperitur favor publicus...*” – nº 10, p. 647).

²³⁹¹ *Selectarum Observationum Forensium, Tomus I*, editio novissima, Sumptibus Iohann. Bernhard. Hartungii, Ienae, 1738, *Partis I, Observatio LXXXVII*, nº 4, p. 80: “*Neque enim locatio conductio aliquod jus in re transferre potest, cum utique conductor non suo, sed locatoris nomine in praedio sit, & hinc non pro possessore, sed nudo detentore haberi debeat, cui interdictionis Uti possidetis nequaquam competit (...)* Adeo, *ut non intersit utrum locatio ad longum, an breve tempus facta sit...*”.

²³⁹² *Jus Civile Controversum*, cit., ad D.19,2, *Quaestio XXXI*, p. 835: a locação não era um título translativo do domínio (“*An traditione rei locata dominium vel jus in re transferatur? Negatur. Quia locatio non est titulus dominii translativus*”), uma vez que o último se transferia pela construção que se fizesse no prédio e não pela *locatio* (“*[i]bi dominium aedium transfertur non ex locatione, sed aedificatione*”). Trata-se de uma visão perfeitamente oposta aos postulados medievais em que se escorou a *locatio ad longum tempus*.

²³⁹³ *Commentarius ad Quinquaginta Libros Pandectarum*, cit., ad D.19,2, nº 8, p. 528: a natureza da locação por longo tempo não permitia que transferisse qualquer direito real a favor do arrendatário, não sendo possível que degenerasse numa enfiteuse; ela tão-só legitimava um direito ao uso da *res* (“... *locatio perpetua, vel ad longum tempus neque ex natura sua, neque ex dispositione juris transfert jus in re in conductorem: ergo in emphyteusin non degenerat; quod locatio perpetua, vel ad longum tempus sua natura non tribuat jus in re, videtur certum, quia locatio non tribuit de se, nisi usum rei*”).

²³⁹⁴ Cf. STRUVIO, *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia*, cit., ad D.19,2, nº XXVIII, *additio γ*), p. 1711: “*Conductor ad longum tempus, cum nihil singulare hic habeat, potest expelli, eodem modo, quo modici temporis conductor, potest expelli...*”.

²³⁹⁵ *De Paroemiis Iuris Germanicis*, Lib. I, *Paroemia XLVI*, § V, nº 4, p. 319: mesmo que a locação fosse celebrada *ad longum tempus*, e apesar da opinião contrária dos Doutores de que nessa hipótese se transferia o domínio e a posse, C.4,65,9 não deixava de ser aplicável (“*Praterea obtinet paroemia, etiamsi locatio ad longum tempus sit facta. Qui differentiunt Dd. ad [C.4,65,9] (...) nituntur vulgata hypotesi, locationem huius generis transferre dominium & possessionem*”).

²³⁹⁶ *Disputatio Iuridica De Iure Emtoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, § VIII, p. 14: a locação por longo tempo não transferia o domínio ou a posse e, por isso, não evitava o despejo (“*in locatione ad longum tempus facta conductorem expelli posse negant. Verum falsa nituntur hypotesi, nimirum, locationem ad longum tempus transferre dominium ac possessionem*”).

²³⁹⁷ *Dissertatio Inauguralis De Iure Expellendi Colonum ob Supervenientem Necessitatem*, cit., § XIV, p. 23: ao contrário do enfiteuta, o locatário não adquiria o domínio útil, pois a *locatio* – incluindo a *locatio ad longum tempus* – apenas transferia o direito de uso (“*In emphyteutam enim dominio utile, sed*

O tom era prático e escoreito, à maneira da Escola. Uma conclusão se impunha, em nome das elementares regras lógicas: a natureza da *locatio* não permitia a transferência de direitos reais e o tempo pelo qual o contrato fora concluído não podia modificar aquela natureza.

Estava pronta a liquidação da *locatio ad longum tempus*. Com o respaldo do *Usus Modernus*, a pena dos legisladores iluministas desenhou a locação como um contrato puramente obrigacional²⁴⁰⁰. Nas palavras de RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, “... registou-se um esforço legislativo de demarcação entre os contratos de locação e de enfiteuse, no sentido de afastar insidiosas confusões”²⁴⁰¹.

Entre nós, no consulado pombalino, o Alvará de 3 de Novembro de 1757 estabeleceu que “... todos os contratos, que não forem de aforamento em Fatiota, ou em Vidas, com inteira transacção do util dominio, ou para sempre, ou pelo menos pelas referidas trez Vidas; se julguem de locação ordinaria; sem que seja visto transferir-se por elles dominio algum a favor dos Locatarios para lhe dar o direito de excluir os outros Inquilinos, ou Rendeiros anteriores, senão nos outros casos, em que por Direito he permitido aos Locadores despedirem os seus respectivos Locatarios”²⁴⁰².

non in colono dominium bonorum locatorum transit, quia hoc genere contractus agitur tantum de translatione usus, non vero dominii, licet quoque locatio ad longum tempus sit facta”).

²³⁹⁸ *Dissertatio Inauguralis Juridica, de Emtore Non Stante Locationi Antecessoris*, cit., § 19, pp. 38-40: “Nullum locatione ad longum tempus facta in conductorem transfertur dominium; Talem enim distinctionem inter locationem ad modicum & longum tempus iura civilia ignorant, secundum quae titulus ad transferendam possessionem & dominium, qui autem in locatione ad longum tempus deest, necesse est”: quem defendia a distinção entre locações *ad modicum ad longum tempus* ignorava que não estava presente na locação qualquer título de transferência da propriedade ou da posse.

²³⁹⁹ *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?*, *Dissertatio Iuridica*, cit., §6, pp. 10-11.

²⁴⁰⁰ Cf. GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 201-202, que exemplifica com uma *pragmática* de Fernando IV de Nápoles, datada de 17 de Agosto de 1771, a qual considerava, a propósito da aquisição de lugares pios, que as *locationes ad longum tempus* eram enfiteuses: “*E che finalmente le locazioni ad longum tempus si considerino com’enfiteosi, e si osservi in esse lo stesso, che si è detto dell’enfiteosi*” (*Nuova Collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, Tomo XII, Nella Stamperia Simoniana, Napoli, 1805, Tit. CCXLII, *De Prohibita Locis Pii Bonorum Acquisitione, Prammatica IX*, I., p. 337).

²⁴⁰¹ RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *O Regresso da Enfiteuse*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 977.

²⁴⁰² Vd. CÂNDIDO ALMEIDA MENDES, *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 725. Na literatura jurídica coeva, cf. AMARO LUÍS DE LIMA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45,3, nº 3, p. 130, e MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum Publici tum Privati. Liber III. De Jure Rerum*, cit., Tit. XI, § IV, p. 164, e *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum publici tum privati. Liber IV. De Obligationibus et Actionibus*, cit., Tit. III, § XIX, pp. 35-36, Autores que se limitavam a expor as alterações introduzidas, sem quaisquer considerações suplementares sobre elas ou a propósito do instituto *tout court*, num eco do acolhimento acrítico que a *locatio ad longum tempus* recebera da maioria dos reinícolas. Tanto assim era que AMARO LUÍS DE LIMA, de forma contraditória, ainda apontava a locação por longo tempo como excepção à regra da não oponibilidade da locação ao sucessor a título singular (*Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45,3, nº 3, p. 131: “...*successore particulari, qui non tenetur stare colono;*

A solução era clara e correspondia ao que vários juristas do *Mos Gallicus* tinham defendido: a cedência do uso de uma coisa, com efeitos reais, apenas se poderia concretizar com o recurso à enfiteuse, nunca à locação. A extinção da *locatio ad longum tempus* foi, destarte, uma das sementes do Humanismo que o setecentismo iluminista fez frutificar²⁴⁰³.

quia haec obligatio ad haereditatem universalem, non vero ad particularem, nisi (...) locatio sit ad longum tempus”).

Sobre o diploma, na doutrina contemporânea, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, pp. 7, nota 12, e 171, nota 5, e RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *O Regresso da Enfiteuse*, cit., p. 977.

²⁴⁰³ Para usarmos a metáfora de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 359 (cf., ainda, SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., p. 39). Sobre as raízes humanistas do Iluminismo e a reabilitação do ideário culto por ele promovida, cf. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo*, cit., pp. 81 e ss..

1.3 – Contributos originais dos *iura propria*

Não ficaria completo um estudo da evolução da protecção do arrendatário sem um aceno aos contributos dos *iura propria* que coexistiram com o direito comum²⁴⁰⁴ e, vastas vezes, consagraram soluções que lhe eram contrárias.

Os direitos próprios dos diferentes territórios europeus lidavam com necessidades e interesses sociais frequentemente não satisfeitos com os resultados alcançados pela *iurisprudencia* medieval e moderna que estudava os textos romanos e canónicos²⁴⁰⁵. Não surpreende que muitos tenham seguido outros caminhos que, na verdade, acabariam por ser renunciadores do que viria a prevalecer nos direitos contemporâneos. Será a alguns desses contributos originais que nos dedicaremos.

1.3.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Ainda prevalecia pacificamente entre a doutrina do *ius commune* o entendimento de que a prestação do locador era um puro *facere* – que, portanto, não permitia que a entrega da *res* fosse judicialmente exigida – e já a solução oposta tinha sido adoptada, v.g., pelos Estatutos de Verona (de 1450)²⁴⁰⁶.

De acordo com o direito veronês, quem tivesse concedido em locação casas ou terras (ou apenas prometido fazê-lo) podia ser condenado ao cumprimento da obrigação de proceder à *traditio*; havia lugar à respectiva execução *manu militari*, sem a possibilidade de o devedor oferecer, em alternativa, o *id quod interest* do arrendatário: “*Si aliqua persona (...) locaverit (...) vel promissionem fecerit de (...) locando (...) alicui aliquam domum vel terram, possessionem vel rem, seu jura & facultatem habeat tradendi, praecise condemnetur, & compellatur ipsa rem, domum, terram vel possessionem, vel jura tradere seu (...) locare (...) & manu militari, si opus fuerit, res ab ipso auferatur, nec liberetur praestando seu praestare volendo interesse*”²⁴⁰⁷.

²⁴⁰⁴ Sobre a dicotomia entre o *ius commune* (o direito romano-canónico) e os *iura propria*, que evoluiu no sentido da subsidiariedade do primeiro ante os segundos, cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 285-287, MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 13-17 e 51-54, CAVANNA, *Storia*, I, cit., pp. 59 e ss., ou GROSSI, *L’Ordine Giuridico Medievale*, cit., pp. 229 e ss..

²⁴⁰⁵ Vejam-se as reflexões de COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 83-84, ainda que apenas a propósito da oponibilidade da locação ao adquirente nos Estatutos de algumas cidades italianas.

²⁴⁰⁶ Sobre este aspecto, consulte-se GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 70.

²⁴⁰⁷ *Statutorum Magnificae Civitatis Veronae Libri Quinque, Tomus Primus*, Apud Leonardum Tivanum, Sumptibus Societatis, Venetiis, 1747, *Liber Secundus*, Cap. LXXVI, p. 130.

A importância social que se atribuía à realização coactiva da prestação era demonstrada pela severa sanção com que se cominava a impossibilidade da prestação *in natura*: se o locador não tivesse a faculdade de entregar a *res*, a *aestimatio* dos prejuízos sofridos pelo arrendatário era efectuada através de um “*juramentum in litem*” do próprio lesado e o senhorio era condenado ao pagamento do quádruplo desse valor (“*Et si (...) locator (...) vel promissor alicujus contractus supradictorum, vel ejus haredes scienter fecerint, quo minus habeat facultatem tradendi illud, quod (...) locatum (...) vel promissum fuerit ut supra, tunc taxatione praemissa a Judice deferatur (...) conductori (...) juramentum in litem; & quanti juraverit sua interesse, postea sibi condemnetur (...) & ultra condemnetur eidem in quarto pluri verae aestimationis rei...*”)²⁴⁰⁸.

1.3.2 – A tutela possessória do locatário

Embora o direito romano não outorgasse meios de restituição ao mero detentor que fosse privado da *res*, observámos que a doutrina do direito comum tentou obviar a esse resultado mediante a *imploratio* do *officium iudicis* e a *condictio ex canone Redintegranda* do Decreto de Graciano.

Também os direitos territoriais espelharam tal objectivo²⁴⁰⁹. Por exemplo, o capítulo XXXIII dos Estatutos de Reggio Emilia (“*De pena illius qui intraverit tenutam rei immobilis*”) equiparava a posse e a detenção de imóveis, cominando penas pecuniárias e a restituição do prédio se este fosse invadido (“*Qui sua auctoritate intravit vel intraverit possessionem sive tenutam rei immobilis comuni vel alicuius alterius, si miles fuerit in XL solidis imper. puniatur, si pedes in XX solidis imper.; et possessionem et fructus cum dampnis et expensis omnibus ei cui ablata fuerit restituere cogatur*”)²⁴¹⁰.

Por seu turno, os Estatutos de Ravena (1441-1509) determinavam a apreensão e restituição da coisa móvel ou imóvel que tivesse sido espoliada ao detentor ou ao possuidor (“*teneat vel possideat*”), tratados num evidente paralelismo: “*Statuimus & ordinamus, quod si quis sua auctoritate vel sine iuris solemnitate & cognitione fundum quos aliquis possideat vel aliam quancumque rem mobilem vel immobilem quem alius teneat vel possideat acceperit seu invaserit & occupaverit vel apprehenderit, teneatur*

²⁴⁰⁸ *Statutorum Magnificae Civitatis Veronae Libri Quinque, Tomus Primus, cit., Liber Secundus, Cap. LXXVI, p. 130.*

²⁴⁰⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 75.

²⁴¹⁰ Vide ALDO CERLINI, *Consuetudini e Statuti Reggiani del Secolo XIII*, vol. 1, in “*Corpus Statutorum Italicorum*”, 16, Hoepli, Milão, 1933, p. 23.

Potestas & eius Vicarius omni exceptione remota acceptum seu invasione occupatum seu apprehensum facere restitui spoliato...^{2411 2412}.

²⁴¹¹ Cf. ANTONIO TARLAZZI *Statuti del Comune di Ravenna* (Dei Monumenti Istorici Pertinenti alle Provincie della Romagna, Serie Prima, Statuti), Tipografia Calderini, Ravenna, 1886, Lib. III, Rubrica XXIV, p. 172.

²⁴¹² Aproveitamos uma nota para chamar à colação a chamada *Gewere*, isto é, o domínio de uma pessoa sobre uma coisa com o objectivo de obter o respectivo aproveitamento económico, como decorria de várias fontes germânicas medievais que mencionavam a detenção de imóveis “*in nut unde in gelde*”, ou seja, aquela que se destinava a retirar da *res* as suas utilidades (incluindo os frutos civis, dada a referência ao dinheiro). Neste conspecto podem consultar-se, por exemplo:

- o Art. 14, § 1, do *Sachsenspiegel Lehnrechts*, de 1220-1230 (in CARL GUSTAV HOMEYER, *Des Sachsenspiegels zweiter Theil, Nebst den verwandten rechtsbüchern. Erster Band, das sächsische Lehnrecht und der Richtsteig Lehnrechts*, bei Ferdinand Dümmler, Berlim, 1842, p. 169): “*En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe; doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut mimt, it si wif oder man, die hevet die gewere dar an*”;

- o Cap. 26, § 6, do *Richtsteig Landrechts*, de 1330 (in CARL GUSTAV HOMEYER, *Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis*, Druck und Verlag von Georg Reimer, Berlim, 1857, p. 185): “*Sprikt aver jene; her richter, ic hebbet in minen geweren, unde sechstu du hebbest in dinen weren so vrag we na deme gude tu rechte were hebbe. So vintme, de it in nut unde in gelde hebbe*”;

- o n.º 167 da *Particula I do Blume von Magdeburg*, de 1390 (in HUGO BOEHLAU, *Die Blume von Magdeburg*, Hermann Boehlau, Weimar, 1868, p. 82): “*Und diz heist einz gutis gewere, wer in seynir besiczunge hot und in nutze und in gelde one rechte widersproche, alz recht*”.

Cf., e.g., PAUL LABAND, *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters*, Verlag von Hübner & Matz, Königsberg, 1869, pp. 158 e ss., ANDREAS HEUSLER, *Die Gewere*, Hermann Böhlau, Weimar, 1872, pp. 114 e ss., RUDOLF HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, tradução de FRANCIS S. PHILBRICK, Little, Brown, and Company, Boston, 1918, § 28, p. 186, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *A “Gewere” – Um Instituto do Antigo Direito Germânico*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, 1968, pp. 193 e ss., especialmente pp. 207 e 221, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 105.

Era reconhecida uma eficácia defensiva à *Gewere*, pois recusava-se que pudesse ser perdida devido a um esbulho violento; assim, na falta de decisão judicial em contrário, o detentor espoliado mantinha a *Gewere* (veja-se a conclusão de PAULO MERÊA, *Os Limites da Reivindicação Mobiliária no Direito Medieval (Leão Castela, Portugal)*, in “Estudos de Direito Hispânico Medieval”, tomo I, Universidade de Coimbra, 1952, p. 3: “*Ao passo que no direito imobiliário se concebe uma gewere sem detenção material...*”). Tal dimanava de fontes como o Art. 38, § 4, do *Sachsenspiegel Lehnrecht*, segundo o qual ninguém perdia a *Gewere* sem que ela fosse adquirida de acordo com o direito (“*Man ne sal niemanne von sinen geweren wisen, sie ne si ime afgewunnen mit rechte*” – HOMEYER, *Des Sachsenspiegels*, cit., p. 214) ou o n.º 96 do *Schwabenspiegel Lehnrecht*, de 1275 (in FRIEDRICH LEONHARD ANTON LASSBERG, *Der Schwabenspiegel oder Schwäbisches Land- und Lehen-Rechtbuch, nach einer Handschrift vom Jahr 1287*, Ludwig Friedrich Fues, Tübingen, 1840, p. 200), onde se negava que uma apreensão pela força conduzisse à perda da *Gewere* ou do feudo (“*Swem man sine gewer mit gewalte nimt. der verliuset weder gewer noch lehen*”). No mesmo sentido, o *Landrecht* da Baviera, de 1346, determinava que a privação ilícita não prejudicava a *Gewere*: “*Wär aber ob yeman ains aigens, oder ains lehens sezze pey nutz und bey gewer, und würd er des entwert mit herren brief, oder von welherlay sache, oder von welhem gewalt das gescheche, daz sol dem unschedlich sein an seiner gewer...*” (cf. *Codex Iuris Bavarici antiqui a. 1346. promulgati cum varii generis explanationibus*, in JOHANN HEUMANN, *Opuscula, Quibus Varia Iuris Germanici Itemque Historica et Philologica Argumenta Explicantur*, Sumtibus Iohannis Georgii Lochner, Norimbergae, 1747, p. 106).

Vejam-se, a propósito e *colorandi causa*, HEUSLER, *Die Gewere*, cit., pp. 269 e ss., EUGEN HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern, Verlag von Schmid, Francke & Co., Berna, 1894, pp. 10 e ss., HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, cit., § 28, pp. 193 e ss., MOREIRA ALVES, *A “Gewere”*, cit., pp. 223 e ss., GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 106, e THERESE MÜLLER, *Besitzschutz in Europa. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 27-28.

Não são objecto de consenso na doutrina hodierna os limites da atribuição da *Gewere* ao arrendatário nos territórios germânicos. Para alguns Autores, o *Miete* e o *Pacht* (respectivamente, a locação de uso e a locação de uso e de fruição; cf., entre nós, MANUEL HENRIQUE MESQUITA,

1.3.3 – A extinção do contrato pelo locador

Verificou-se no seio de diversos *iura propria* uma tendência de restrição dos fundamentos de extinção antecipada do contrato.

Num caso extremo, os Estatutos da cidade italiana de Bobbio (1398) proscreveram qualquer despejo do *inquilinum* antes do decurso do prazo da locação, ainda que o senhorio alegasse que queria habitar o imóvel: “*Locator non possit inquilinum expellere ante completum terminum locationis, licet dicat se velle ibi habitare*”²⁴¹³.

Obrigações Reais e Ónus Reais, 2ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 161, nota 60) eram abrangidos pela *Gewere*, uma vez que o conceito de “*nut*” (*Nutzung*) na Idade Média não se quedava pela fruição e englobava o uso (e, conseqüentemente, também a mera locação de uso): deste modo, v.g., HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, cit., pp. 22-23, FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., pp. 46-47, HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, cit., § 83, p. 552, PAUL SCHULIN, *Zur Geschichte der mittelalterlichen Mieth in west- und süddeutschen Städten*, in SZG, 1920, pp. 196 e ss. (Autor que indica fontes medievais das quais constava expressamente o “*nut*” de casas de habitação), e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 106.

Afastam do *Mieter* a *Gewere*, entre outros, HEUSLER, *Die Gewere*, cit., p. 119, OTTO STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. III, 2ª edição, Verlag von Wilhelm Hertz, Berlin, 1885, § 186, p. 257 (ao *Mieter* não era atribuída a *Gewere* porque não fruía), e BRÜNNECK, *Zur Geschichte der Mieth und Pacht in den deutschen und germanischen Rechten des Mittelalters*, in SZG, 1980, pp. 153-154. HEUSLER e BRÜNNECK invocam o direito de Brno (actual República Checa) contido no chamado *Brünner Schöffebuch* (in EMIL FRANZ RÖSSLER, *Die Stadtrechte von Brünn aus dem XIII. u. XIV. Jahrhundert, nach bisher ungedruckten Handschriften*, J. G. Calve’sche Buchhandlung, Praga, 1852), onde, por contraposição ao enfiteuta, era negada a posse ao locatário (“*Emphiteosis differt a locatione primo: quia hic et in pecunia et etiam in specie praestatur pensio, sed in locatione tantum in pecunia; secundo: quia iste possidet naturaliter sicut fructuarius, sed conductor non; tertio: quia emphiteota habet dominium utile, sed conductor non...*” – n° 284, p. 130) e, por outro lado, o *colonus* e o *inquilinus* eram apresentados como aqueles por meio de quem se possuía (“*Quod hereditas potest per alium possideri (...) Rusticis eisdem interrogantibus diffinitive responsum est, quod possidet aliquis hereditatem vel rem aliam non solum, si ipse persona propria possideat, sed etiam, si ejus nomine possessione rei aliquis sit, licet etiam ille ejus juri subjectus non sit, qualis colonus est vel inquilinus, per eos quoque, apud quos deposuerat aliquis, aut quibus commodaverat, ipse possidere videtur*” – n° 340, p. 156).

LABAND, *Die vermögensrechtlichen Klagen*, cit., p. 161, vai mais longe e afirma que o mero detentor (incluindo o próprio *Pächter*) não era protegido pela *Gewere*. É indicado como fundamento o n° 125 do *Brünner Schöffebuch*, onde se determinava, a propósito das citações judiciais (“*De citatione et vocatione in jus*”), que a citação devia ser feita a quem possuía a herança e não àquele a quem ela fora concedida em locação (“*... si homo hereditatem suam alteri locavit, ad respondendum de tali hereditate non ille, qui eam convenit, sed qui hereditatis possessor est proprius, ad iudicium est citandus...*” – p. 64). Isto é, “*qui eam convenit*” (“*quem lá se encontra*”) referia-se ao locatário, cuja qualidade não coincidia com a de possuidor.

FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., p. 47, OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. III, Verlag von Duncker & Humblot, Munique e Leipzig, 1917, § 196, p. 513, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 106, consideram que os preceitos do *Brünner Schöffebuch* já tinham sofrido influência do direito romano e, por isso, são irrelevantes para uma análise do direito autóctone prévio a tal influxo. A questão é muito complexa e as fontes não lhe dão resposta categórica, mas concorda-se com GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 106, quando aponta, em crítica a Autores como HEUSLER e BRÜNNECK, que a argumentação baseada no direito de Brno tanto valeria para o *Pächter* como para o *Mieter* e não apenas para o último (vício em que LABAND não incorre).

²⁴¹³ *Statuta Inclitae Civitatis Bobbii*, Lib. 2, 84 (apud BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 533).

Por sua vez, os Estatutos de Cadobre (1354) reconheciam ao locador o direito de cessação antecipada tão-só se este jurasse que pretendia viver na *domus* porque dela precisava (e não por outros motivos ou por animosidade contra o inquilino): “*Si vero Dominus domus, qui locaverit domum, & voluerit ante terminum accipere domum, & dare Comeatum inquilino possit, & valeat iurando, quod vellit eam habitare. Et quod sibi est domum necessaria, & quod per fraudem, vel odium non facit...*”²⁴¹⁴. Também o capítulo 33 (“*De locationibus domorum*”) dos costumes de Messina – reformados em 1498 – previa o despejo antes do final do prazo apenas se o locador pretendesse habitar na casa ou necessitasse de lá colocar coisas que lhe pertencessem (“*Domus locata auferri non potest ante constitutum tempus locationis, praeterquam si dominus qui locat vel in ipsa domo habitare, vel res suas ex necessitate in ea ponere voluerit*”)²⁴¹⁵.

Observou-se previamente que os costumes de Antuérpia e de Amesterdão não admitiam, mais uma vez contrariamente ao direito romano, a extinção alicerçada na necessidade do senhorio ou em reparações a efectuar no prédio²⁴¹⁶.

Mas não só os fundamentos de despejo antecipado foram objecto de alterações locais: num evidente esforço de prevenir a justiça privada, exigiu-se que a extinção do contrato fosse promovida através dos órgãos de tutela pública. Com efeito, no que diz respeito aos direitos estatutários das cidades italianas²⁴¹⁷, podem oferecer-se os exemplos dos Estatutos de Roma (século XIV)²⁴¹⁸ e de Lucca (versão de 1539)²⁴¹⁹.

²⁴¹⁴ *Statuta Communitatis Cadubrii cum Additionibus Noviter Impressa*, per Ioannem Patavinum, Venetiis, 1545, Lib. II, Cap. XCVI (“*De licencia habitantium in alienis domibus*”), fl. XXIX verso.

²⁴¹⁵ Consulte-se VITO LA MANTIA, *Consuetudini della Città di Messina*, Libreria Alberto Reber, Palermo, 1897, p. 15. Para outros exemplos de direitos transalpinos que apenas admitiam o despejo antecipado para uso próprio do locador, cf. BATTAGLINI, *La Risoluzione*, cit., p. 532.

²⁴¹⁶ *Supra*, II.1.2.4.4.

²⁴¹⁷ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 74.

²⁴¹⁸ Cf. CAMILLO RE, *Statuti della Città di Roma*, Tipografia della Pace, Roma, 1880, XC, § 1, pp. 58: “*Item dicimus et ordinamus quod Senator seu quicumque alter rector teneatur proprio juramento defendere et manutenere quemlibet civem Romanum in omnibus locationibus eidem actenus factis et faciendis ita et taliter quod volentes dictas locationes revocare seu dicendo quod non tenentur seu qualitercumque et quomodocumque dicti cives vel eos calumpniose vel indebite vexarent vel ultra et contra tenorem instrumentorum suorum nullatenus audiantur in iudicio vel extra eo quod volumus eorum instrumenta cum tenoribus eorum semper esse rata et firma, et quod plenum robur obtineant et habeant ad hoc ut quilibet romanus Civis valeat et possit sine litigio in rebus et possessionis eis locatis in pace quiescere, et si quis iudex aut notarius ipsos seu ipsam audiret aut audiret sententias ferendo aut processus scriberet quod ipso facto processus sit nullus et si qua sententia ex ipso sequeretur sit cassa irrita et vacua et nullius valoris, hoc expresse addito to quod si iudex contra fecerit ipso facto cadat in pena centum libr. prov. pro medietate Urbi et pro alia medietate parti contra quem processus fieret seu sententia ferretur quod statutum volumus quod expresse habeat locum in presentibus preteritis et futuris non obstante statuto privilegio lege canonica vel civili in contrarium loquentibus*”. Como resulta do texto, mesmo em juízo não devia ser atendida a pretensão do senhorio que quisesse “*revocare*” a locação contra o teor do contrato, afirmando-se o direito do locatário ao gozo pacífico da *res*. Eram feridos de nulidade os processos e as sentenças que não o respeitassem, punindo-se o juiz com uma pena pecuniária dividida em partes iguais entre a cidade e a parte prejudicada.

Além de exigirem o recurso às vias judiciais, os últimos sublinhavam que qualquer despejo antecipado que não fosse previsto era ilícito, pois havia uma obrigação de prestar o gozo ao locatário (“*Ma fuori delle cause preditre, non vogliamo che licito sia all'allogatore cacciare el conduttore della cosa locata durando il termine dell'allogagione, ma aia piu presto tenuto permettere, et patire, che egli usi la cosa allegata, & difenderlo da ogni persona, & universita...*”)²⁴²⁰, cujo não cumprimento sujeitava o locador às consequências previstas nas normas que regiam o despejo para o final do prazo (“*Ma se alcuno locatore í alcuna cosa contrafara, sia punito secondo la forma dello Statuto libro primo, sotto Rubrica Del modo di procedere contra gli Conduttori finito el termine della allogagione*”)²⁴²¹. Assim, era o locador quem podia, designadamente, ser expulso “*con la mano militare*”²⁴²².

No mesmo sentido foi o direito português²⁴²³. É certo, no que tocava os arrendamentos de casas, que as Ordenações seguiram de perto os fundamentos taxativos de extinção antecipada consagrados na *constitutio* que nos chegou através de C.4,65,3²⁴²⁴ ²⁴²⁵. Mas exigia-se, para a efectivação do despejo, o recurso à autoridade pública, como decorria de OA 4,74²⁴²⁶, OM 4,58²⁴²⁷ e OF 4,24,1²⁴²⁸ ²⁴²⁹.

²⁴¹⁹ *Gli Statuti della Città di Lucca Nuovamente Corretti et con Molto Diligentia Stampati*, Stampati per Giovambattista Phaello Bolognese, Lucca, 1539, Lib. II, Cap. CIII (“*Di non Rivocare la cosa allogata, durante il termine della Allogagione*”), fl. CXIX: “*Et il Giudice nelli ditti casi [casos de “revogação” antes do final do prazo], & ciascheduno delli ditti, & per le altre cause indutte dalla ragione commune, sia tenuto scacciare tale Conductore...*”.

²⁴²⁰ *Gli Statuti della Città di Lucca*, cit., Lib. II, Cap. CIII, fls. CXIX-CXIX verso.

²⁴²¹ *Gli Statuti della Città di Lucca*, cit., Lib. II, Cap. CIII, fl. CXIX verso.

²⁴²² *Gli Statuti della Città di Lucca*, Lib. I, Cap. CLXVII, fl. LXXVI: “*Ma se nel termine assegnato il conduttore non la rilassera vota al ditto allocatore, sia punito dal ditto Giudice, secondo la forma del ditto Statuto, Del modo delle Multe, & nondimeno ne sia cacciato, & espulso con la mano militare*”.

²⁴²³ A disciplina foi descrita por HENRIQUE DA GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, tomo III, Typografia Castro Irmão, Lisboa, 1914, pp. 314-315, notando que não há fontes disponíveis sobre os motivos de despejo antes das Ordenações, tanto que as próprias Ordenações Afonsinas (como se verá de seguida) invocaram na matéria o direito romano.

²⁴²⁴ O direito comum romano-canónico (e muito especialmente as *Siete Partidas* – cf., *supra*, II.1.1.1.3) reflectia-se perfeitamente na disciplina do direito pátrio. O senhorio apenas poderia extinguir antecipadamente os contratos celebrados por tempo determinado: se a renda não fosse paga; se a casa fosse mal usada, deteriorada ou usada para a prática de actos ilícitos ou desonestos; se a permanência do arrendatário não permitisse as obras que o senhorio queria efectuar ou que se revelassem necessárias à conservação (embora o locatário tivesse, desde as Ordenações Manuelinas, os direitos de regressar à casa após a obras e de desconto da renda proporcional ao período de não uso); se ao senhorio, seus filhos ou irmãos sobreviesse uma necessidade de morar na casa. Sobre o ponto, cf. SANTOS JUSTO, *A Locatio- Conductio Rei*, cit., pp. 36-37.

Vejam os preceitos que sucessivamente regularam a matéria.

Ordenações Afonsinas (Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V, Livro III, Na Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1792 (*Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte I, da Legislação Antiga*)) Liv. 4, Tít. 74 (“*Em que casos poderá o Senhor da casa lançar fóra della o alugador, durante o tempo do aluguer*”): “*Os Sabedores, que fizeraõ e compilaraõ as Leix Imperiaaes*

estabelecerom e poserom por Ley, que se algum homem alugar huã casa a outrem por certo preço, e a tempo certo, durante o dito tempo nom o poderá esbulhar, nem lançar fora della, salvo em quatro casos.

1 O PRIMEIRO he, quando o dito alugador nom pagar a pensom ao tempo que a prometeo a pagar, ou segundo for usança da terra, que se aja de pagar.

2 O SEGUNDO he, quando esse alugador usa mal da dita casa, assy como destroyndo-a, ou dissipando-a, ou usando em ella d'algũs autos ilícitos e deshonestos, ou daposos aa dita casa.

3 O TERCEIRO he, quando o Senhor da casa a quer renovar, ou reparar d'algũs adubios, que lhe som necessários, os quaees se nom poderiam fazer razoadamente, morando o dito alugador em ella.

4 O QUARTO he quando o Senhor da casa per algum caso, que lhe novamente acontecesse, a ouvesse mester pera morar en ella, ou algum seu filho, ou Irmaoõ, assy como se elle casasse novamente, ou desse casa a seu filho, ou filha, e bem assy ao Irmaoõ ou Irmaã; ca em tal caso bem poderá o Senhor da casa lançar fora della o alugador durante o tempo do aluguer, pois que ha tanto há mester polo caso, que lhe novamente sobreveeo, de que razoadamente nom pôde pensar ao tempo que a alugou”.

Ordenações Manuelinas, 4,58 (“Em que casos poderá o senhor da casa lançar o alugador fóra della, durando o tempo do aluguer”): “Qualquer pessoa que alugar algũa casa a outrem por certo preço, e a tempo certo, nom o poderá lançar fóra della durando o dito tempo, salvo em quatro casos.

1 O PRIMEIRO he, se o alugador nom pagar a pensom ao tempo que a prometeo pagar, ou a tempo que for usança da Terra de se as taees pensoes paguarem.

2 O SEGUNDO caso he, quando o alugador usa mal da casa, assi como destroyndo-a, ou dissipando-a, ou usando della d'algũs actos ilicitos e deshonestos, ou danosos aa dita casa.

3 O TERCEIRO he, quando o senhor da casa a quer renovar, ou reparar d'algũs adubios que lhe sam necesarios, os quaees se nam poderam fazer convenientemente morando o dito alugador em ella; e acabado o dito repairo, ou adubio, lhe tornará a dita casa atee se acabar o tempo do aluguer, e descontar-se-ha da pensom soldo aa livra o tempo que nom morou nella por bem do dito repairo.

4 O QUARTO he, quando o senhor da casa por alguã caso que lhe novamente sobrevesse a ouver mester pera nella morar, ou pera alguã seu filho, ou filha, ou irmaõ, ou irmam; porque em taees casos poderá o senhor da casa lançar o alugador fóra della, durando o tempo do aluguer; pois que tanto a ha mester polo caso que lhe novamente sobreveeo, de que nom tinha razam de cuidar ao tempo que a alugou...”.

Ordenações Filipinas (in CÂNDIDO ALMEIDA MENDES, *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14ª edição, Tipografia do Instituto Filomático, Rio de Janeiro, 1870), 4,24 pr. (“Em que casos poderá o senhor da casa lançar fóra o alugador”): “A pessoa que dér de aluguer alguma casa á outrem por certo preço e á certo tempo, não a poderá lançar fóra della, durando o dito tempo, senão em quatro casos.

O primeiro he, se o alugador não pagar a pensão, ao tempo que prometeu, ou no tempo que for costume da terra pagarem-se as pensões.

O segundo caso he, quando o alugador usa mal da casa, assi como danificando-a ou usando nella de alguns actos illicitos e deshonestos, ou danosos á casa.

O terceiro he, quando o senhor a quer renovar, ou reparar de adubios necesarios, que se não poderão fazer convenientemente, morando o alugador nella; e acabado o repairo e adubio, lhe tornará a casa, até se acabar o tempo do aluguer, e descontar-se-ha da pensão, soldo á livra, o tempo, que não mora nella por causa do repairo.

O quarto he, quando o senhor da casa por algum caso, que de novo lhe sobreveio, a ha mister para morar nella, ou para algum seu filho, filha, irmão ou irmã: porque nestes casos poderá lançar o alugador fora, durando o tempo do aluguer, pois lhe he tão necessaria polo caso, que de novo lhe sobreveio, de que não tinha razão de cuidar ao tempo, que a alugou”.

²⁴²⁵ A taxatividade dos fundamentos de despejo antecipado foi sublinhada pela jurisprudência da Casa da Suplicação: “Advertendum tamen erit esta sentença do Senado Supremo, se tornou a interpretar, que somente procedia nos quatro casos da Ordenação lib.4. tit. 24 que dá licença uos senhores para despedirem seus alugadores, etiam durante tempore locationis na causa de Antonio Viegas com Francisco Alvares Covilhãa, escrivão Miguel Couceiro, anno 1620...” (cf. BELCHIOR FEBO, *Decisionum Senatus Regniae Lusitaniae, Tomus Secundus*, cit., Arestum VI, p. 7).

²⁴²⁶ “5 E VISTA per nós a dita Ley, declarando em ella dizemos, que por quanto na Ley feita ante desta he declarado, que nom pagando o alugador da casa a pensom della assy, e como promete, ou segundo for usança da terra; o dito Senhor o possa por ella mandar penhorar pelo Alquaide da dita Villa, mandamos que em esta parte le guarde a dita Ley, segundo per nos em dia he declarado. 6 E QUANTO he aos outros tres casos contheudos em esta Ley Imperial, mandamos, que nom embargante que per ella seja outorgado ao Senhor da casa que per sy possa esbulhar o alugador dela em cada hum destes tres casos, porque de esto se poderiam seguir reixas e contendas e outros males, o que sempre

Se posteriormente se provasse que os fundamentos invocados pelo senhorio eram falsos, o arrendatário tinha o direito à restituição do imóvel e podia nele permanecer gratuitamente durante um espaço de tempo três vezes superior àquele em que o gozo não lhe fora prestado²⁴³⁰. Assim, por exemplo, **A** tomava de arrendamento uma casa a **B** por três anos; decorridos dois anos de execução contratual, **B** procedia ao despejo, mas depois apurava-se que o fundamento que invocara era falso. **A** tinha o direito de exigir a restituição do prédio e ocupá-lo durante três anos sem qualquer obrigação de pagamento de renda.

devemos a todo nosso poder tolher e desviar; porem mandamos, que acontecendo cada hum dos ditos casos, o Senhor da casa nom podia per sy esbulhar o alugador della, mais requeira ao Alcaide da Villa, honde esto acontecer, que lhe diga que se saya da dita casa, declarando-lhe a razom, por que nom deve em dia mais morar; e nom se querendo elle della sayr, entom o lance esse Alcaide fora della ao qual Alcaide nós mandamos, que acerca desto, que dito he, faça o que lhe for requerido polo Senhor da casa, como suso he declarado...". Parece que apenas quanto aos três últimos fundamentos de cessação se exigia a intervenção do Alcaide para a concretização do despejo.

²⁴²⁷ “5 E em cada huñ dos ditos casos o senhor da casa nom poderá por si esbulhar o alugador della, mas requeira o Alcaide da Villa, ou Lugar onde esto acontecer, que digua ao alugador que se saia da casa, declarando-lhe a razam porque nam deve nella mais morar; e nom se querendo elle sair della, entam o lance o dito Alcaide fóra della, ao qual Alcaide Mandamos, que acerca desto que dito he faça o que lhe for requerido polo senhor da casa, como dito he...”.

²⁴²⁸ “E em cada hum dos ditos casos o senhor da casa não poderá per si lançar fóra della o alugador, mas requererá o Alcaide da Villa, que lhe diga, que se saia della, declarando-lhe a razão, por que não deve morar mais nella: e não se querendo elle sahir, então o lance o Alcaide fora della. Ao qual Alcaide mandamos, que nisto faça o que lhe fôr requerido pelo senhor da casa...”.

²⁴²⁹ Veja-se, especialmente, MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,24,1, nºs 1 (necessidade de recurso à autoridade pública para efectivar o despejo: “... dominus locator (...) non potest per se ipsum expellere conductorem, sed requirere debet Ministrum publicum, qui vocatur Alcaide...”) e 2 (onde se realçava que a solução do *ius commune* era diferente: “*Quamvis communis sententia, stando in jure communi, teneat dominum locatore expellere posse conductorem auctoritate propria*”), p. 476. Cf., também, AMARO LUÍS DE LIMA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, cit., ad OF 4,45 pr., nº 11, p. 128: “*Nota iterum, quod dominus colonum etiam pensionem non solventem dejicere propria auctoritate nequit (...) sed debet requirere Ministrum publicum, qui vulgo vocatur Alcaide...*”. A referência das citadas normas ao Alcaide acabou por se tornar obsoleta, pois as funções que lhe eram conferidas passaram a ser desempenhadas por outros funcionários (cf. CÂNDIDO ALMEIDA MENDES, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., nota 8 a OF 4,24 pr., p. 805). Mas o ponto que nos interessa é este: o despejo só poderia ser efectuado por intermédio da força pública.

²⁴³⁰ Assim, OA 4,74 (“6 (...) E sendo depois achado, que o dito Senhor da casa mandou lançar fora della o dito alugador maliciosamente, como nom devia, em tal caso mandamos que o dito alugador seja logo tornado a ella, e possa em ella morar trestanto tempo, do que lhe ainda ficava por morar, quando della foi lançado pelo Alcaide, como dito he, sem por ella pagando pensom algũa polo dito tempo do tresdobro, que assy em ella morar; ca pois os direitos lhe derom autoridade pera elle poder per sy mandar esbulhar o dito alugador, e elle obrou acerca dello maliciosamente, como nom devia, com justa razom deve seer gravemente punido com a dita pena. 7 E com esta declaração mandamos que fe guarde a dita Ley, segundo em ella he contheudo, e per nós declarado, como dito he”), OM 4,58 (“5 (...) E sendo depois achado que o dito senhor da casa mandou lançar maliciosamente o alugador fóra della, sem justa causa, e como nom devia, Mandamos que o dito alugador seja loguo tornado a ela, e possa nella morar tres tanto tempo, quanto era o que lhe ainda ficava por morar quando della foi lançado polo Alcaide, sem pagar della pensam algũa polo dito tempo que assi nella morar”) e OF 4,24,1 (“E achando-se depois que o mandou lançar maliciosamente, e sem justa causa, o alugador seja logo tornado a ella, e poderá nella morar em tresdobro o tempo, que lhe ainda ficava por morar, quando della foi lançado pelo Alcaide, e não pagara della pensão alguma pelo tempo, que assi nella morar”).

Apesar de resultar dos atinentes preceitos que o senhorio podia extinguir o contrato apenas alegando o preenchimento de alguma das causas resolutivas (isto é, a eventual discussão da veracidade da alegação decorreria *a posteriori*)²⁴³¹, a sanção para o despejo injustificado antes do final do prazo era severa. E não foi letra morta: já durante a vigência da compilação filipina, a Casa da Suplicação reconheceu ao arrendatário o direito de morar a título gratuito no imóvel durante três anos porque o senhorio o despejara antecipadamente sem necessitar da casa (“*Ad Ordin. lib. 4 tit. 24. §. I. ad finem, praticouse esta Ordenação, escrivão Belchior Correa, & se deu sentença entre partes Ieronymo de Faria porteiro da Camaera de Sua Magestade, com Ioao Figueira de Chaves, que morasse tres annos graciosamente nas casas por despedir o alugador ante completum tempus locationis, nao as avendo mister o dono dellas para sy: forao juizes o Doutor Fernão de Magalhaes, o Doutor Ruy Gago, quod Arestum semper notabilis*”)²⁴³².

Outra preocupação recorrente dos *iura propria* foi o estabelecimento de prazos de aviso prévio de extinção do contrato, algo que não fora previsto pelo *ius romanum*²⁴³³. Expôs-se já que as doutrinas neerlandesa e alemã não ficaram indiferentes àquilo que os respectivos direitos territoriais determinavam na matéria²⁴³⁴. Assinalam-se agora, também a título exemplificativo, os Estatutos de Pádua (1236)²⁴³⁵, Cadobre²⁴³⁶ e Trento (1528)²⁴³⁷.

²⁴³¹ Vejam-se, neste sentido, MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,24,1, n° 3, p. 476 (“*probationem non esse[m] necessariam, & hoc idem sequutus est textus noster, in quo talis probatio non requiritur, & sufficit dictum domini, cui parere debet minister, vulgo, Alcaide...*”), AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Legislação do Brasil. Consolidação das Leis Civis*, 3ª edição, B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1876, p. 444, nota 30, e CÂNDIDO ALMEIDA MENDES, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., nota 2 a OF 4,24,1, p. 805. Sobre as funções (de índole administrativa e policial) dos alcaides, cf. MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português. Fontes – Direito Público (1140-1495)*, 2ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1985, pp. 497-498.

²⁴³² Cf. BELCHIOR FEBO, *Decisionum Senatus Regniae Lusitaniae, Tomus Secundus*, cit., *Arestum XXXII*, pp. 33-34.

²⁴³³ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 74.

²⁴³⁴ Cf., *supra*, II.1.2.4.3 e II.1.2.5.3.

²⁴³⁵ *Index Omnium Materiarum, Quae in Patavino Statuto Continentur, Alphabetico Ordine Digestus*, Apud Cominium de Tridino Montisferrati, Venetiis, 1556, Rubrica “*De Villanis, et Inquilinis Licentiandis*”, fl. 111: “*Et si usque ad dictum terminum licentia data non fuerit, non possit sic dominus expellere rusticum usque ad unum annum*” (sem um pré-aviso de denúncia até ao termo do contrato, o senhorio não podia expulsar o locatário do prédio rústico antes de volvido um ano).

²⁴³⁶ *Statuta Communitatis Cadubrii*, cit., Lib. II, Cap. XCVI (“*De licentia habitantium in allienis domibus*”), fl. XXIX verso: “*... Dominus domus tenatur, & debeat similiter licentiam dare habitatoribus suae domus pro unum mensem ante finitum terminum locationis...*” (necessidade de respeitar um aviso de um mês antes do termo da locação de casas).

²⁴³⁷ *Statuta Civitatis Tridenti*, reimpress., Apud Joannem Paronum Impressorem Episcopalem, Tridenti, 1707, Lib. I, Cap. 97 (“*Quod locatores, & conductores teneantur se adinvicem certiorare, quod sibi provideant de alio super re conducta*”), p. 53: “*Item statuimus, & ordinamus, quod si aliquis locator*

A tendência estava presente no direito português ainda antes das Ordenações. Com efeito, a compilação afonsina referiu e seguiu um costume reduzido a escrito e “*usado per muito longo tempo*”. À sua luz, exigia-se ao senhorio, no âmbito do arrendamento de casas, uma comunicação feita pelo menos um mês antes do termo do contrato para avisar o arrendatário de que devia abandonar a casa; se tal não acontecesse, o último podia permanecer no local arrendado se isso lhe aprouvesse. Note-se que o “*requerimento*” podia servir, em alternativa, para perguntar ao arrendatário se queria continuar no local arrendado – a falta de resposta em três dias implicava a continuação do arrendamento por mais um ano²⁴³⁸. A solução perdurou nas Ordenações subsequentes²⁴³⁹ e introduziu a necessidade da prática de um acto jurídico

velit aliquem conductorem expellere de domo, apotheca, stabulo, stalla, vel horto suis, debeat certiorare ipsum conductorem per mensem ante tempus locationis finitae, & idem etiam intelligatur in conductore qui similiter debeat certiorare per mensem, antequam sit finitum tempus conductionis, alias intelligatur res conducta ad annum sequentem, pro eodem affictu; & praemissa servantur etiam in praediorum rusticorum locationibus, salvo quod in eis terminus faciendae certiorationis intelligatur esse de tribus mensibus”. Ou seja, se quisessem evitar a renovação por um ano, as partes deveriam proceder a um pré-aviso de um mês (três se se tratasse de prédios rústicos) antes do termo do contrato.

²⁴³⁸ OA 73 (“*Dos Allugueres das Casas, e da maneira que se deve teer acerca delles*”): “*NA CAMARA da nossa sempre Leal Cidade de Lixboa foi achado huã Custume escripto, e geeralmente usado por muito longo tempo, em esta forma que se segue.*

I CUSTUME geeral he que a memoria dos homeẽ nom he em contrairo, que se algum, ou alguns, que casas teverem, e as alugarem a alguãs pessoas a tempos certos, assy como ataa Sam Joham, ou Sam Miguel, ou Natal, ou outro qualquer tempo devisado, que antre sy poserem, que antes do tempo do aluguer acabado trinta dias, os senhores das casas, a que pertencer, devem requerer aos que moram em ellas, e lhas teem alugadas, se querem ficar em ellas por mais tempo, ou lhes dizer, que lhes desembarguem suas casas, e lhas leixem como o tempo for acabado, ou se elles souberem que já teem casas pera o tempo, em que ajam d'hir morar, façam das suas seu proveito; e como este requerimento fezerem, logo os moradores, que as casas teem alugadas, devem a dar sua reposta, ou a mais tardar, ata tres dias, e dizerem se querem ficar nas casas, ou nom, dando a elles a reposta desque lhe o dito requerimento for feito, aos termos, que suso dito he; e nom lha dando, d'hi en diante som theudos a teer as ditas casas, e pagarem o aluguer do anno que vier. E nom se podem escusar em caso que digam, que casas teem alugadas, pois que nom derom a reposta ao tempo que deveram: salvo se o Senhorio as quiser fïlhar, pois que fez ho requerimento aos moradores; e se lhes o requerimento nom foi feito, entom em elles he de ficarem nas casas, ou d'as leixarem, segundo virem seu proveito (...)

8 E com esta declaração mandamos e poemos por Ley que se guarde geeralmente o dito Custume por todo o Regno, segundo em elle he contheudo, e per nós declarado como dito he”.

Sobre este costume como exemplo da importância do direito consuetudinário na época anterior às Ordenações, veja-se ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Direito Romano e História do Direito Português (Casos Práticos Resolvidos e Textos)*, reimpressão da 2ª edição (2009), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 377-378. De atentar no uso do estilo compilatório, que marcou os Livros II, III, IV e V das nossas primeiras Ordenações (cf., a propósito, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit. pp. 308-309).

²⁴³⁹ OM 4,57 (“*Dos alugueres das casas, e da maneira que se deve teer acerca dellas*”): “*(...) I EMPERÓ quaesquer pessoas que casas teverem, e as alugarern a outrem por tempo certo, assi como atee Sam Joam, ou Sam Miguel, ou Natal, ou outro qualquer tempo por as partes declarado, devem ante trinta dias que se acabe o tempo do aluguer requerer a aquelles que as tem aluguadas, que lhe leixem e despejem suas casas, quando se acabar o tempo do aluguer, e feito o dito requerimento, poderam de suas casas fazer seu proveito. E querendo os senhores das casas que os aluguadores fiquem nellas por mais tempo, que aquelle por que as primeiramente alugaram, devem requerer aos aluguadores ante trinta dias do tempo acabado, se querem ficar nas ditas casas por mais tempo, e como este requerimento for feito aos aluguadores devem logo dar sua reposta, ou ao mais tardar atee tres dias, e devem dizer se*

de denúncia para a extinção do arrendamento, o que, como sabemos, era desconhecido pelo direito comum^{2440 2441}.

Mas se as Ordenações se satisfizeram com um acolhimento da solução consuetudinária relativa aos “alugueres” de casas, o reformismo jurídico setecentista

querem morar, e ficar nellas, ou nam; e nam dando elles a dita reposta ao dito tempo, em diante seram obrigados teer as ditas casas, e pagar o aluguer delas do anno que vier; e nom seram desto escusos, posto que diguam que tem outras casas alugadas, pois que nam deram a resposta ao tempo que deviam; salvo se ao senhor das casas aprouver de as tomar.

2 E NOM sendo cada huí dos ditos requerimentos feitos aos alugadores, em sua escolha ficará leixarem as caras acabado o tempo por que as tinham alugadas, ou ficarem em ellas, e paguarem o aluguer a seus donos como virem que he mais seu proveito”.

OF 4,23 (“Dos alugueres das casas”): “ (...) I Porém as pessoas, que tiverem casas, e as alugarem a outrem per tempo certo, assi como até S. João, S. Miguel, Natal, ou outro tempo declarado pelas partes, devem trinta dias, antes que se acabe o tempo do aluguer, requerer os alugadores que lhas deixem e despejem, quando se acabar o tempo: e feito o dito requerimento, poderão fazer das suas casas o que quizerem. E querendo os senhores das casas, que os alugadores fiquem nellas per mais tempo, devem-os requerer trinta dias antes do tempo acabado, se querem ficar nellas per mais tempo; e feito este requerimento, os alugadores devem dar sua resposta até trez dias, e dizer se querem ficar nellas, ou não. E não dando resposta nos ditos tres dias, dahi em diante serao obrigados ter as casas, e pagar o aluguer dellas o anno, que vier; do que não serão escusos, postoque digam que têm outras casas alugadas, pois não deram resposta no tempo que deviam.

2. E não sendo cada hum dos ditos requerimentos feito aos alugadores, ficará em sua escolha deixarem as casas, acabado o tempo, per que as tinham alugadas, ou ficarem nellas, e pagarem o aluguer a seus donos”.

²⁴⁴⁰ O ponto foi sublinhado por MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,23,1, nº 17, p. 435: “*De jure autem communi denuntiatio non est necessaria ad excludendam relocationem...*”.

²⁴⁴¹ Como se verá de seguida no texto, a propósito da protecção dos arrendamentos agrícolas do Alentejo, a actividade legislativa pombalina deixou a sua marca intervencionista no campo locatício: ainda no rescaldo do terramoto de 1 de Novembro de 1755, o Alvará de 11 de Maio de 1771 determinou que a oposição de escritos nas casas arrendadas em Lisboa implicava a cessação do contrato, visando-se impedir que aquela oposição fosse utilizada para pressionar os senhorios a baixar a renda. O diploma é mencionado por MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum publici tum privati. Liber IV. De Obligationibus et Actionibus*, cit., Tit. III, § XIX, p. 35.

Cf. o “Alvará de 11 de Maio de 1771., em que Sua Magestade manda, que todas as pessoas de qualquer estado, grao, ou condição que sejam, que houverem posto escritos nas casas alheias, em que habitarem, por arrendamento fiquem dellas excluídas”, in JOSÉ ROBERTO MONTEIRO DE CAMPOS COELHO E SOUSA, *Systema, ou Collecção dos Regimentos Reaes*, tomo IV, na Officina de Simão Thaddeo Ferreira, Lisboa, 1785, pp. 202-204: “*EU ElRei. Faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem: Que havendo tido o principal objecto, e a causa final da minha Lei de doze de Maio de mil setecentos cincoenta e oito promover, e animar a reedificação da Cidade de Lisboa, favorecendo os edificantes della, de sorte que lhes fosse facil acharem os meios necessarios para as suas obras; e para que nos, productos dellas tivessem ao mesmo tempo os competentes subsidios para o pagamento das dívidas por elles contrahidas para as edificações em beneficio público: E havendo successivamente expedido muitos outros Decretos, Resoluções, Alvarás, e Ordens com os mesmos úteis, e urgentes motivos: Tive certa informação de que hum grande número dos inquilinos, que habitão em casas alheias na Cidade de Lisboa, maquinou contra os donos dellas o doloso abuso de que, pondo escritos muitos tempos antes do São João, e do Natal, para intimarem aos sobreditos donos, que se querem despedir das casas, que occupão, e não tendo na realidade alguma tenção de as largarem, tentarão este caminho, para se lhes abaterem os allugueres, que tinhão convencionato; de forte, que no caso de assim o conseguirem, tiravão logo os escritos, que havião posto (...) Mando, que desde a publicação deste em diante todas as pessoas, de qualquer estado, grao, ou condição que sejam, que houverem posto, e puzerem escritos nas casas alheias, que habitão, e habitarem por arrendamento, ou qualquer outro titulo, fiquem dellas excluidos irremissivelmente pelo mesmo facto da apposição dos escritos; e fiquem as mesmas casas, onde taes escritos se achão postos, e puzerem, livres, e desembargadas aos donos dellas para as allugarem aos outros inquilinos com quem se ajustarem (...)*”.

não deixou, por seu turno, de intervir na matéria da extinção do arrendamento. Os ímpetus de transformação do Governo de D. José, concretizados através do poder legislativo (“o principal direito majestático”)²⁴⁴², trouxeram mudanças de vulto motivadas por intenções de ordem social²⁴⁴³.

O legislador pombalino já não se contentava, em determinadas situações, com a mera tutela dos interesses ínsitos à obrigação de aviso prévio de cessação do contrato e foi mais além, com a exclusão do direito de o senhorio extinguir unilateralmente o arrendamento por sua mera vontade. Ou seja, impunha-se-lhe a manutenção da relação arrendatícia para lá dos prazos eventualmente acordados, num desvio flagrante à autonomia privada que metamorfoseava certas locações em figuras de natureza tendencialmente perpétua.

O primeiro passo²⁴⁴⁴ foi dado com o Decreto de 21 de Maio de 1764, que proibia o despejo, sem autorização régia, dos lavradores das terras do Alentejo pertencentes à Casa e Estado de Bragança enquanto pagassem a renda e cumprissem os seus deveres de cultivo; o mesmo se aplicava aos aumentos de renda²⁴⁴⁵. Surgia cristalino o favor concedido à actividade agrícola.

²⁴⁴² Sobre este aspecto, cf. RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., pp. 73 e ss. e 170 e ss. (retirámos a transcrição da p. 171).

²⁴⁴³ Semelhante contraposição reflectia, como é óbvio, as diferenças entre uma mundividência que ainda sobrevivia no século XVII e as mudanças trazidas pelo racionalismo iluminista na centúria seguinte, estudadas por RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., pp. 11 e ss..

²⁴⁴⁴ As várias alterações operadas durante o consulado pombalino são indicadas por MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum publici tum privati. Liber IV. De Obligationibus et Actionibus*, cit., Tit. III, § XIX, pp. 34-35.

²⁴⁴⁵ Cf. *Collecção das Leys, Decretos, e Alvarás, que Comprehende o Feliz Reinado DelRey Fidelissimo D. José o I. Nosso Senhor, desde 31. de Julho de 1769. até 25. de Janeiro de 1777.*, Na Regia Officina Typographica, Lisboa, 1798, p. 7 (o Decreto está publicado em apêndice ao Alvará de 20 de Julho de 1774): “*Sendo-me presente, que aos Lavradores das Herdades da Provincia do Alem-Téjo, que se acham nos Proprios da Casa, e Estado de Bragança, se tem feito muitas vexações contrarias á Minha Real Intenção, e ao favor, de que tão uteis Vassallos se fazem sempre dignos: Sou servido, que todos aquelles dos sobreditos Lavradores, que se acham, ou acharem estabelecidos nas referidas Herdades; lavrando-as, e cultivando competentemente as terras dellas, segundo a sua natureza; não possam ser expulsos das mesmas Herdades, nem lhes possam ser levantadas as rendas, em que actualmente andam, sem preceder especial Ordem firmada pela Minha Real Mão. O que com tudo se entenderá, em quanto os mesmos Lavradores pagarem as ditas Rendas a seus devidos tempos; e em quanto conservarem as Casas dos Montes, e os seus Arvoredos; ou de porem a cultura das Suas terras; porque nos casos, ou de não pagarem, ou deixarem arruinar assim os Edifícios, como os Arvoredos; ou de pôrem de cavallaria as Herdades; não só não terá effeito a seu favor esta Minha Benigna Providencia; mas serão removidos os que se acharem nos sobreditos casos, e as Herdades entregues a outros Lavradores, que bem as conservem, e fabriquem. A Junta do mesmo Estado, e Casa o tenha assim entendido, e faça logo expedir Ordens Circulares a todos os Almojarifados da referida Provincia do Alem-Téjo, nas quaes irá este Decreto incorporado, para se registrar em todas as Camaras, e chegar assim á noticia de todos os sobreditos Lavradores. Palacio de Nossa Senhora da Ajuda a 21 de Maio de 1764. Com a Rubrica de Sua Magestade. Clemente Isidoro Brandão*”.

Volvidos seis anos, perante uma consulta da Mesa da Consciência e Ordens relativa ao “despedimento” de um rendeiro que já herdara dos seus pais o arrendamento e sempre pagara pontualmente a renda, D. José proibiu o despejo dos colonos de prédios pertencentes às Ordens Militares; excepcionava-se apenas a evicção fundamentada na falta de pagamento da renda ou em danos provocados nas casas ou nos arvoredos (Resolução de 6 Novembro de 1770)²⁴⁴⁶. Mais uma vez era invocado o “*beneficio da Agricultura*”.

²⁴⁴⁶ A Resolução e a consulta que lhe deu origem podem ser encontradas, em apêndice ao Alvará de 20 de Julho de 1774, in *Collecção das Leys, Decretos, e Alvarás, que Comprehende o Feliz Reinado DelRey Fidelissimo D. José o I. Nosso Senhor, desde 31. de Julho de 1769. até 25. de Janeiro de 1777.*, cit., pp. 8-11: “CONSULTA Da Meza da Consciencia, e Ordens. Simão Nunes Corvo, Lavrador da Herdade de Benagazil, pertencente á Commenda da Ordem de Sant-Iago, pertende ser conservado na mesma Herdade, pela trazer ha muitos annos não só per si, mas tambem por seus pais, e por ter pago sempre promptissintamente a renda. Informou o Corregedor da Comarca de Setubal, dizendo: Que em observancia do Aviso, que recebêra do Secretario de Estado Dom Luiz da Cunha, em que se lhe ordenára mandasse logo suspender na execução da Ordem, e Precatorio pairado pela Contadoria do Mestrado da Ordem de Sant-Iago, para ser Simão Nunes Corvo lançado fóra da Herdade de Benagazil, da qual era Lavrador havia muitos annos, e fazello restituir á posse, em que se achava da mesma Herdade: E que examinando os mais factos expendidos na Súppllica do Recurrente, o que delles lhe confiava com certeza pelo Depoimento das Testemunhas, era, que Simão Nunes Corvo per si, e por seus Pais era, e havia sido Lavrador desta Herdade, e a trazia de renda, sem que della devesse cousa alguma ao Arrematante da Commenda José Antonio da Silva Diamante; e por Ordens repetidas emanadas da Contadoria do Mestrado fora lançado fóra da dita Herdade, que naquelle tempo se achava já com muito pão nascido, sem mais motivo que o de querer o mesmo dar a dita Herdade a hum José Palmer, e Manoel de Faria, os quaes fizeram logo alguma lavoura na dita Herdade, semeando senteio, e mettendo-se de posse della com tanto prejuizo do Recurrente, quanto era notorio, e certo; pois o Recurrente era hum dos Lavradores mais opulentos, e ricos daquelles dstrictos, com grande numero de gados, para os quaes lhe não seria muito facil achar pastos, e sustento, vendo-se espoliado da referida Herdade, e privado de utilizar-se, e os seus gados dos pastos da mesma, e lavouras nella feitas, sem ter fido avisado em tempo habil, como pedia a razão, e justiça; e muito principalmente não concorrendo razão alguma da parte do Recurrente, por ser este sempre pontual na satisfação: Razões estas, que faziam attendivel a sua Súppllica, não só na parte, em que pedia a restituição da dita Herdade, mas igualmente naquella, em que pedia a preferencia a qualquer outro Lavrador e Rendeiro, que se oferecesse, tanto pelo tanto; pois nestas circunstancias não era justo se desaccommodasse o Recurrente, e experimentasse o prejuizo grave da mudança, e expulsão, não havendo para esta causa, ou motivo algum. Responde o Procurador Geral das Ordens, que esta Commenda se compunha de varias Herdades, que arrendavam os Commendadores a quem lhes parecia; e quando se arrendam pela Contadoria, sempre o preço era para o Rendeiro, que arrematou tudo o que á Commenda pertencia, por quantia certa. O arrendamento, que ao Supplicante tinha feito o Commendador falecido, no rigor espirava pela sua morte; mas a circumstancia de viver o Supplicante nesta Herdade ha muitos annos; de pagar promptamente o preço do seu arrendamento; de ter huma muito copiosa Abegoaria; e de ser hum dos maiores Lavradores, o faziam digno de que Vossa Magestade o mande conservar este anno no arrendamento; e que para os seguintes, ou a arrematação se faça pela Contadoria, ou da mão de Commendador, prefira sempre, tanto pelo tanto; porque isto era o que fe praticava por Direito com os Colonos antigos nas arrematações fiscaes, e o favor, que merecia hum bom Lavrador, que tanta utilidade conduzia ao Público com o trabalho da Agricultura que Vossa Magestade tanto protegia em beneficio dos seus Reinos. Parece á Meza, que o Requerimento de Simão Nunes Corvo se faz merecedor da Real Attenção de Vossa Magestade, para ser conservado na fruição da Herdade neste presente anno (...)

RESOLUÇÃO

SUA Magestade. Como parece, quanto á conservação do Supplicante, e em beneficio da Agricultura, e dos Lavradores, que nella util, e louvavelmente se empregam. E Sou servido, que não só nesta, mas tambem em todas as outras Herdades de Commendas, pertencentes a todas, e a cada huma das Tres Ordens Militares, nem nas vidas, nem por morte dos Commendadores, se possa despedir Colono algum, que, como o mesmo Supplicante, se ache nellas estabelecido com a sua Familia, nem levantarem-

O Alvará de 20 de Julho de 1774 continuou a calcorrear a senda proteccionista²⁴⁴⁷. O diploma era justificado com o incentivo e defesa da lavoura e da

se os preços, em que presentemente andam as sobreditas Herdades, em quanto os referidos Colonos per si as fabricarem, e nellas residirem com as suas Familias: Exceptuando sómente os dous casos, de falta de pagamento das rendas, e damnificação das Casas, ou Arvoredos, naquelles que os tiverem. A Meza mande expedir Provisões circulares com o theor desta Refolução ás Contadorias dos Mestrados; e a todos os Juizes dos Ordens das Comarcas de Setubal, e Provincia do Alem-Téjo, de Béja, e de Ourique, para que assim se fique observando, debaixo da pena do perdimento dos Officios contra os transgressores; e tudo sem embargo de quaesquer posições de Direito, ou Leis, que sejam em contrario. Nossa Senhora da Ajuda, a 6. de Novembro de 1770. Com a Rubrica de Sua Magestade. Clemente Isidoro Brandão”.

As argumentações da Mesa da Consciência (pugnando pela conservação do arrendatário na falta de qualquer motivo atendível para um despejo) e do Procurador Geral das Ordens (defendendo que os Comendadores das Ordens tinham plena liberdade de escolher um novo arrendatário quando o anterior contrato terminasse) são significativas das visões antagónicas que estavam em jogo e das mudanças que se avizinhavam, das quais a Resolução proferida pelo Monarca – ao afastar a extinção *ad nutum* – seria premonitória.

²⁴⁴⁷ Trancreve-se na íntegra o Alvará (*Collecção das Leys, Decretos, e Alvarás, que Comprehende o Feliz Reinado DelRey Fidelissimo D. José o I. Nosso Senhor, desde 31. de Julho de 1769. até 25. de Janeiro de 1777.*, cit., pp. 1 e ss.): “*EUELREY Faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem: Que constituindo a Agricultura huma das quatro Columnas, que sustentam o Estado Político; e os frutos da Terra os elementos das Artes, da Industria, e as bases do Commercio: Havendo por isso feito sempre hum dos principaes objectos da attenção dos Senhores Reis Meus Predecessores nas saudaveis Leis, Regulamentos, e Decretos promulgados em beneficio da Lavoura, e dos Lavradores; e das Paternaes Providencias, com que os tenho soccorrido nos casos occurrentes: Tem sido tão contraria a esses solidos principios da utilidade pública, e até dos seus bem entendidos interesses particulares, a abusiva, e reprovada economia de hum grande numero de Donos de Herdades da Provincia do Alem-Téjo, que, pervertendo o uso do Dominio, que compete a cada hum para dispôr dos seus bens, passaram com liberdade, e impiedade incompatíveis com a disposição, e com o espirito de todas as sobreditas Leis, Regulamentos, Decretos, e Providencias; e com intoleravel lesão do bem commum da mesma Provincia, e do Reino; a precipitar-se em absurdos tão grandes, como forão: Hum, o de expulsarem das suas respectivas Herdades os antigos Colonos, com qualquer apparente lucro de mais alguma renda; reduzindo assim á miseria, e á mendicidade hum grande numero de familias, que per si, seus Pais, e Avós tinham vivido com honra, e abundancia: Outro o de entregarem para ficarem de cavallaria aquelle grande numero das ditas Herdades nas mãos dos poucos Creadores, que as monopolizáram para servirem de pasto ás manadas, rebanhos, e varas dos seus respectivos gados, e creações: Outro o de demolirem, ou deixarem cahir maliciosamente, os sobreditos Monopolistas, e Creadores, as casas, e officinas dos Montes; para impossibilitarem assim quaesquer outros Colonos, que intentassem arrendallos, para lavrarem as terras a elles pertencentes: Outro o de esterilizarem os frutos da primeira necessidade para a subsistencia dos Meus Vassallos: E outro o de passarem a depovoar a mesma Provincia; de forte, que chegariam a extinguir a maior parte dos Habitantes della, e a fizella consistir em montes ermos, e em campanhas desertas, se de huma vez se não occorresse com opportunos, e eficazes remedios a eles grandes males. E querendo obviar a elles, quanto a saude pública, que constitue Lei Suprema, o está urgentemente requerendo: Sou servido ordenar o seguinte. I. Ordeno: Que a todos os Lavradores, que actualmente cultivam as Herdades da Provincia do Além-Téjo pertencentes a Comunidades, ou a Particulares, sejam commuas as Providencias, que para a conservação dos Lavradores das Herdades do Estado de Bragança, e das Commendas das Ordens Militares, Tenho dado pelo Meu Decreto de vinte e hum de Maio de mil setecentos sessenta e quatro; e pela Minha Resolução de seis de Novembro de mil setecentos setenta; que terão com este estampados para fazerem parte delle, como se nelle fossem incorporados: Ampliando esyas disposições para o effeito de que ainda naquelles casos, nos quaes Tenho permitido, que os sobreditos Lavradores sejam expulsos, o não poderão nunca ser, senão por execução de Provisões Minhas impetradas pelos que os quizerem expulsar pelos respectivos expedientes, da Meza do Desembargo do Paço, da Meza da Consciencia, e Ordens, e da Junta da Casa, e Estado de Bragança; precedendo processos verbaes, e informações dos respectivos Corregedores, Provedores, ou Ouvidores das Comarcas nas terras, em que elles residirem, ou sinco leguas ao redor dellas; ou dos Juizes de Fóra das terras mais vizinhas ás Herdades. II. Item: Ordeno: Que todos os Colonos, que foram expulsos das Herdades, que se acham de cavallaria; querendo voltar para ellas, lhes sejam logo restituídas; ou pelo mesmo preço, em que andaram antes das expulsões,*

situação económica dos rendeiros (proémio). Assim, estendia-se a todos os lavradores do Alentejo as disposições do Decreto de 21 de Maio de 1764, bem como o teor da Resolução de 6 de Novembro de 1770, pelo que os arrendatários só poderiam ser despejados em execução de provisão régia (I). A tutela era levada ao ponto de se

conservando-se no mesmo estado; ou pelo que actualmente lhes for arbitrado por Louvados, e por justas avaliações por elles feitas em processos verbaes pelos sobreditos Ministros respectivos; e dando estes as suas contas á Meza do Desembargo do Paço, e aos outros Tribunaes competentes, para por elles se expedirem Provisões de Regresso nos Casos occurrentes, que as fizerem justas, e necessarias. O que tudo se executará, não obstante quaesquer arrendamentos, que se achem feitos aos sobreditos Creadores, ou Monopolistas, porque todos Hei por cassados, abolidos, e extintos, como se nunca houvessem existido. III. Item: Ordeno: Que as casas, officinas, curraes, e abegoarias dos Montes, que se acharem demolidas, ou deterioradas, sejam reedificadas no termo de seis mezes, contados do dia da publicação deste Alvará; ou á custa dos ditos Creadores, ou Monopolistas, em cujas mãos houverem perecido; ou á custa dos Donos das mesmas Herdades, que por incuria as houverem deixado cahir: Ficando os que as levantarem com hypotheca especial nos frutos, e rendimentos dellas, com preferencia a outros quaesquer crédores, posto que seja o Meu Real Fisco, até serem inteiramente pagos das suas respectivas despezas. IV. Item: Ordeno: Que não existindo já no exercicio da Lavoura os Colonos expulsos; ou não querendo ser restituídos; e havendo outros, que as pertendam para nellas ficarem conservados na sobredita fôrma: Os Corregedores, Provedores, ou Ouvidores das respectivas Comarcas procedam á nomeação de Louvados peritos, que, sendo juramentados, arbitrem as justas rendas, que se devem pagar annualmente na referida fôrma: Dando tambem conta nos respectivos Tribunaes, para por elles se expedirem as necessarias Provisões. V. Item: Ordeno: Que os sobreditos Corregedores, Provedores, ou Ouvidores, ainda sem requerimento de partes, e em execução deste Alvará, procedam logo nas suas respectivas Comarcas a informações das casas, officinas, curraes, e abegoarias dos Montes, que nellas se acham arruinados; e façam notificar para as levantarem; ou os sobreditos Monopolistas, e Creadores; ou os referidos Donos das Herdades; cada hum no seu caso; e debaixo das penas; contra os primeiros de sequestro até apresentarem Certidões das reedificações; e contra os segundos de ficarem as suas respectivas Herdades adjudicadas aos Lavradores, que fizerem as ditas reedificações, por tempo de seis annos, sem dellas pagarem cousa alguma. VI. Item: Obviando á cubiça, com que os sobreditos Creadores, e outros Monopolistas accumulam em si muitas mais Herdades daquellas, que em lavoura regular podem annualmente fabricar; pondo na parte da criação dos gados toda a força; e pouca, ou nenhuma na producção dos frutos, de que dependem a conservação da vida humana, e o estabelecimento, e augmento da povoação: Ordeno: Que nenhuma pessoa, de qualquer estado, e condição que seja, possa accumular em ti mais herdades daquellas, que pela justa divisão das folhas segundo as qualidades das terras, puder lavrar, e reger; de forte, que as lavouras, e os pastos dos gados, que as devem fazer, fiquem na sua devida proporção: em tal fôrma, que nem a lavoura se diminua, nem falem aos gados os competentes pastos para se conservarem: E isto debaixo das penas do perdimento em dobro dos frutos, que produzirem as terras de folhas, que forem semeadas; e do perdimento em dobro do valor dos gados, que pastarem nas outras terras destinadas naquelles respectivos annos para a sementeira; regulando-se tudo isto pelos usos, costumes, e qualidades das terras, e respectivos fundos de cada huma dellas: Em tal forma, que nem as folhas, que costumavam servir para a lavoura, hajam de servir para pastos; nem as que pertencem aos pastos possam servir para a lavoura dentro do mesmo anno: inquirindo todos os respectivos Corregedores, Provedores, e Ouvidores das respectivas Comarcas nos actos das suas Correições contra os transgressores desta Minha Paternal, e saudavel Providencia: Impondo-lhes as penas nella estabelecidas: E dando-me conta do que obrarem ao dito respeito pelos sobreditos Tribunaes competentes E este se cumprirá tão inteiramente como nelle se contém, sem dúvida, ou embargo algum. Pelo que: Mando á Meza do Desembargo do Paço; Meza da Consciencia, e Ordens; Regedor da Casa da Supplicação; Conselhos de Minha Real Fazenda, e do Ultramar; Senado da Camara; Desembargadores, Corregedores, Ouvidores, Juizes, Justiças, a quem o conhecimento deste pertencer, que assim o cumpram, e guardem, e lhe façam dar a mais inteira, e plenaria observancia. E para que venha á noticia de todos: Mando outrossim ao Doutor João Pacheco Pereira, do Meu Conselho, Desembargador do Paço, que serve de Chanceller Mór do Reino, o faça publicar na Chancellaria, e envie os Exemplares delle sob Meu Sello, e seu final aos Corregedores das Comarcas, e Ouvidores das Terras dos Donatarios, e registar nos livros, em que fe registam semelhantes Alvarás. O Original se remetterá para o Meu Real Archivo da Torre do Tombo. Dado no Palacio de Nossa Senhora da Ajuda aos vinte de Junho de mil setecentos setenta e quatro. REY”.

ordenar a restituição dos prédios aos colonos despejados antes da vigência do Alvará se as terras arrendadas tivessem passado a ser exploradas para fins de criação de cavalos, actividade considerada menos útil para o interesse geral; a tal não obstava que os prédios já tivessem sido concedidos de arrendamento a outras pessoas, pois tais contratos eram declarados juridicamente inexistentes (II). Ainda que esses arrendatários despejados não quisessem a restituição, o objectivo de fomentar a agricultura levava o legislador a ordenar o arrendamento a outros lavradores que nisso manifestassem interesse, mediante rendas estabelecidas por louvados (IV).

No início do século XIX, e apesar de já se avizinhar o fim do Absolutismo, o Alvará de 27 de Novembro de 1804 (promulgado durante a regência do futuro D. João VI) confirmaria, no essencial, os diplomas josefinos, embora com as previsões da falta de benfeitorias como fundamento de despejo e da possibilidade de aumento de renda fixado de nove em nove anos por louvados²⁴⁴⁸. Ainda eram os resquícios do “Estado de Polícia”, que em breve bateria em retirada a favor do mero “Estado polícia”²⁴⁴⁹.

²⁴⁴⁸ O referido Alvará de 1804 foi reproduzido por CÂNDIDO ALMEIDA MENDES, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 1020: “*Eu o Principe Regente, faço saber aos que este Alvará com força de Lei virem. Que tendo-me sido presente por muitos requerimentos dos Lavradores, proprietarios das herdades da Provincia do Além-Tejo, as diversas interpretações com que se procedia na devida execução do Alvará de vinte de Junho de mil sete centos setenta e quatro, com grande damno da cultura, e incertesa do direito em que cada hum devia estar, tanto da sua propriedade, como do seu arrendamento (...) E tendo mandado consultar esta importante materia na meza do Desembargo do Paço, e proceder ás diligencias, e averiguações, que se fazião necessarias, para que conservando-se o interesse dos Lavradores se promovesse tambem a melhor cultura, e se não prejudicasse a classe dos proprietarios, que devia tirar vantagem do melhoramento dos seus predios: Querendo estabelecer as regras pelas quaes deve continuar a execução das sobreditas Leis; sou servida determinar o seguinte:*

1. *Que se observe em toda a sua rigorosa, e litteral intelligencia o Alvará de vinte de Junho de mil setecentos setenta e quatro, e Decreto de vinte e um de Maio de mil setecentos sessenta e quatro que estabelecerão a conservação dos Lavradores, e na forma ordenada no paragrapho sexto do mesmo Alvará, os Corregedores me darão conta das diligencias determinadas, em todos os annos regularmente, finda que seja a Correição de sua Comarca.*

2. *Que alem dos trez casos estabelecidos nos referidos Alvará, e Decreto, para ter lugar o despejo de não se pagar a renda, de se arruinar a herdade, ou dos edificios, ou nos arvoredos, e de se pôr de Cavallaria; será tambem outra causa justa de despejo o não se ter feito na herdade bemfeitoria alguma, podendo-as admitir a mesma herdade, cada vez que findarem os nove annos, que ao diante são determinados para se conservarem sem augmento algum os arrendamentos.*

3. *No fim dos actuaes arrendamentos expressos, ou tacitos, e para o futuro de nove em nove annos será permitido aos Senhorios o requerer se levantem as redes, se entenderem nao ser proporcionado, e justo o preço do arrendamento antecedente: e a Meza do Desembargo do Paço, tendo precedido as necessarias averiguações, e feito o arbitramento por Louvados, lhe concederá Provisão para o augmento que fôr justo (...).”*

²⁴⁴⁹ Sobre o conceito de “Estado de Polícia” (de promoção da *polis*), próprio do Absolutismo, de cariz centralizador e dirigista na satisfação dos interesses públicos (económicos, sociais, culturais, artísticos), cf. ROGÉRIO ERHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, s/d, pp. 14-21, e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 17. Para um exemplo da sua aplicação no âmbito das companhias comerciais, precisamente durante o período pombalino, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *As*

1.3.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

As regras romanas que permitiam ao sucessor a título singular o despejo foram contrariadas por vários direitos próprios, no que precederam em vários séculos as reflexões jusracionalistas que apontaram o mesmo resultado²⁴⁵⁰.

No território itálico, um conjunto de direitos estatutários determinou a oponibilidade da locação ao adquirente, embora com diferentes regimes²⁴⁵¹. Mencionam-se, ilustrativamente, os Estatutos de Ceneda (1388)²⁴⁵², Bolonha (1389)²⁴⁵³, Feltre (1404)²⁴⁵⁴, Belluno (1524)²⁴⁵⁵ e Macerata (1553)²⁴⁵⁶. Com um manifesto

Companhias Pombalinas. Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pp. 292-302.

²⁴⁵⁰ Vide, *infra*, II.2.3.1.

²⁴⁵¹ Cf. as indicações de COSTA, *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 80 e ss., FRANCESCO SCHUPFER, *Il Diritto delle Obbligazioni in Italia nell'Età del Risorgimento*, vol. II, Fratelli Bocca Editori, Turim, 1921, pp. 138 e ss., GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 72, e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 79.

²⁴⁵² *Statuta Civitatis Cenetae Recentioribus Sanctionibus Adiectis*, Ex Typographia Ducali Pinelliana, 1772, Rubrica LXXXI, p. 62: “*Lites, & jurgia resecaere cupientes, vel aequitatem penitus diligentes; ut Colonorum, & inquilinorum succurratur indemnitati, cum non liceat aliquem cum alterius locupletari jactura, & damno, praesenti salubri, & honesto statuto decernimus, quod si contigerit rem immobilem, Terram, Mansum, Possessionem, sive Domum locatam, vel locatas proprie, vel improprie, & ad modicum tempus vendi, alienari, legari, vel aliter quocunque modo in alium transferri, emptor sive is, in quem res locata translata fuerit quocunque titulo, sive causa, modo, ingenio, sive forma, stare teneatur, & debeat Colono, vel inquilino. Ita quod successor singularis, & particularis, vel universalis succedat in tempus Locationis pactis, & conditionibus initis inter Locatorem, & conductorem, & ab eo successore conductor expelli, vel molestari non possit toto tempore Locationis*” (o sucessor a título singular tinha de respeitar a locação tal como ela fora celebrada com o locatário, equiparando-se para este efeito as sucessões a título singular e universal).

²⁴⁵³ *Statuta Civilia Civitatis Bononiae*, Ioannes Baptista Phaellus, Bononiae, 1532, Rubrica “*De Prohibita alienatione rei immobilis iuxta confinia posita, et aliis certis capitulis*”, fl. CXLIII (“*Item quod aliqua res immobilis posita in confinibus, vel prope confinia, ut supra, per aliquem Civem, vel comitatunum Civitatis bonon. conduta (...) a quavis persona, communi Collegio, vel Universitate, non possit per locarorem, vel eius successorem, aut habentem causam ab eo auferri ab ipso tali conductore, vel ab alio, qui rali conductori successisset, vel qui causam ab ipso conductore praetenderet, et haberet in dicta re, si talis res per dictum conductorem, vel eius successorem, vel habentem causam, ut supra possideretur, et detineretur*”): o locatário de *res* imóveis não podia ser despejado pelo sucessor a título singular desde que já estivesse na detenção da *res*, solução que seria adoptada cinco séculos mais tarde pelo BGB.

²⁴⁵⁴ *Statuta Civitatis Feltriae*, Ioan. Gryphius Excudebat, Venetiis, 1551, *Liber Tertius*, Rubrica LVI, fl. 87 verso. A solução adoptada era idêntica à dos Estatutos de Belluno, que se descreverá a seguir.

²⁴⁵⁵ *Statutorum Magnificae Civitatis Belluni Libri Quatuor*, Apud Leonardum Tivanum, Venetiis, 1747, *Liber Secundus*, Cap. CLXXXIX, p. 164: “*Insuper statuimus, quod in re locata proprie, & improprie, & ad modicum tempus successor singularis necesse habeat dictae locatione stare, nisi eo anno, quo successerit, aut sequenti, vel subsequenti usque ad completum terminum locationis praefatae, ipse conductor ad terminos in statutis communis Belluni descriptos per ipsum successorem, licentiatum fuerit...*”. Ou seja, o sucessor a título singular estava obrigado a manter o locatário, podendo, todavia, denunciar o contrato no ano subsequente; na falta de denúncia, o contrato renovar-se-ia no final de cada ano até ao termo do período nele estabelecido (o que garantia ao locatário pelo menos um ano de gozo da *res* após a sucessão).

objectivo de protecção da agricultura, os Estatutos de Sezze (1520) vedavam supletivamente ao comprador o despejo do *colonus* que já trabalhasse a terra, pelo menos até que o vendedor lhe disponibilizasse um prédio alternativo, escolhido a arbítrio de dois louvados; o despejo era totalmente proibido se já tivesse ocorrido a sementeira²⁴⁵⁷.

Também nas regiões germânicas vigorou, amiúde, a mesma solução. Disso eram exemplos (e não obstante a crescente disseminação da regra romana em outras zonas)²⁴⁵⁸, os direitos de Brilon²⁴⁵⁹, Brno²⁴⁶⁰, ou Mogúncia²⁴⁶¹.

Os *iura* neerlandeses (incluindo os da Bélgica) foram tradicionalmente favoráveis à manutenção do arrendatário após a transmissão do direito do senhorio²⁴⁶²,

²⁴⁵⁶ *Volumen Statutorum Civitatis Maceratae* (Macerate, 1553), reimpressão anastática, Arnoldo Forni Editore, *Liber Quartus, Rubrica XX*, fl. 43 verso: “*Quisvis possessionem aliquam vendideri alicui vel quo vis titulo dominium in alium transtulerit, Teneatur & debeat ius & partem laboratoris vel conductoris excipere & qui contrafecerit inurrat poenam decem librarum, & Nihilominus portio laboratoris vel alterius semper salva e inlaesa conservetur & habeatur, & in dubio in quolibet instrumento venditionis factae intelligatur excepta portio & ius laboratoris, seu cuiuslibet alterius conductoris quam rem venditam recepto praetio venditor tradere teneatur emptori*” (se o vendedor não reservasse expressamente na compra e venda o direito do arrendatário, estava sujeito a uma pena pecuniária e qualquer dúvida interpretativa do negócio seria resolvida no sentido da oponibilidade da locação ao comprador).

²⁴⁵⁷ *Statuta Sive Constitutiones Civitatis Setiaie*, apud Antonium Bladum Asulanum, Romae, 1547, *Liber Secundus*, Cap. XXIII, fl. 28 verso (“*Quod Colonus non possit expelli de possessione quam laborat*”): “*Item, siquis Setinus emerit terram, quae data fuerit ad laborandum, & ipse laborator fecerit opera in ipsa re vendita; Emptor non possit ipsum laboratore expellere donec a venditore ipsius rei, de operibus suis ad provisionem duorum bonorum virorum eligendum ab ipsis sibi extiterit satisfactum, salvis pactis inter emptorem & venditorem habitis si conventis de operibus supradictis. Postquam vero dicta terra fuerit seminata, expelli non possit...*”.

²⁴⁵⁸ Sobre o ponto, confirmam-se, v.g., LUDEWIG, *Dissertatio Inauguralis Juridica, de Emptore Non Stante Locationi Antecessoris*, cit., § 51, pp. 89 e ss., FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., pp. 48 e ss., e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 106 e ss..

²⁴⁵⁹ *Stadtrecht de Brilon* (1290), n° 4, in JOHANN SUIBERT SEIBERTZ, *Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westfalen*, A. L. Ritter, Arnsberg, 1839, vol. I, n° 434, pp. 526-527: “*Item laudamus arbitramur ac arbitrando statuimus, quod nullus burgensium nostrorum debet alium nostrum burgensem circumvenire vel supplantare emptione vel conductione in agris vel in decimis infra anos quibus conductor aut emptor agrorum vel decimarum debet eorum redditus possidere*” (o arrendatário de prédios rústicos era objecto da mesma protecção conferida ao comprador, pelo que o direito deste não prevalecia quando fosse posterior).

²⁴⁶⁰ Vd. o *Brünner Schöffebuch*, n° 139 (in RÖSSLER, *Die Stadtrechte von Brünn aus dem XIII. u. XIV. Jahrhundert*, cit., p. 71): “*... si hospes domum ante finem conventionis commodi inquilini vendiderit, propter hoc inquilinum a commodo, quod convenit, excludere non valebit, sic sententiatum est in consilio civitatis*”.

²⁴⁶¹ Cf. HEINRICH KARL KURZ, *Das Churfürstlich Mainz'sche Land-Recht vom Jahre 1755*, Wailandt, Aschaffenburg, 1866, Tit. XXVII, § 3, p. 174: “*Kein Beständer kan vor der Zeit aus der Possession gesetzt werden, obschon ei Gut oder Hauß wäre verkaufft worden...*” (nenhum Beständer podia ser privado da posse da *res*, ainda que ela fosse vendida). Atendendo à noção de *Bestand* presente no § 1 (o gozo de uma coisa prometido a alguém), parece que aí cabia a posição do locatário.

²⁴⁶² Vejam-se, nas fontes secundárias, FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen?*, cit., pp. 56 e ss., GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 138-139, SCHRAGE, *Sale Breaks Hire – Or Does It?*, cit., pp. 294-296, e *Locatio Conductio*, cit., pp. 258 e ss., ZIMMERMANN, *Roman-Dutch Jurisprudence*, cit., pp. 1704-1707, ou JAN H. A. LOKIN/FRITS BRANDSMA/C. J. H. JANSEN, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century*, Duncker & Humblot, Berlim, pp. 198-199.

como testemunhavam as exposições de BUGNYON (“*Caeterum ab hoc Iure Moribus nostris, & Universi propemodum Belgii, recessum est, quibus Emptor locat oni antea factae omnino stare tenetur...*”)²⁴⁶³, GRÓCIO (“*With us it is further the practice that a purchaser must recognize a lease made by his vendor...*”)²⁴⁶⁴ ou GROENEWEGEN (“*Sed Hollandiae & plerisque Belgii moribus haec lex abrogata est secundum vulgare axioma huir gaet voor koop*”)²⁴⁶⁵. Em tal sentido podem consultar-se (*colorandi causa*, evidentemente) os costumes de Bruxelas²⁴⁶⁶ e de Antuérpia²⁴⁶⁷, bem como o art. XIX da *Ordonnantie Decisoir* de Utreque, de 14 de Abril de 1659, que derogou a regra “*koop breeckt huyre*” (com a ressalva apenas de um eventual acordo em contrário)²⁴⁶⁸. Até o direito Frísio, tradicionalmente aferrado ao modelo romano, acabou por seguir o que prevalecia nas restantes províncias dos Países Baixos²⁴⁶⁹.

Por sua banda, o direito português adoptou a solução romana como regra geral aplicável à venda de coisa imóvel já arrendada^{2470 2471}. Assinale-se, porém, que eram

²⁴⁶³ PHILIBERT BUGNYON, *Legum Abrogatarum et Inusitatarum in Omnibus Curiis, Terris, Jurisdictionibus, & Dominiis Regni Franciae Tractatus*, editio tertia, Apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis, 1702, Lib. I, Cap. LIV, nota a) do n° 1 da p. 48, p. 49.

²⁴⁶⁴ *The Jurisprudence of Holland*, I, cit., 3,19,16, p. 391.

²⁴⁶⁵ *Tractatus de Legibus Abrogatis*, cit., Pars III, ad C.4,65,9, n° 4, p. 567.

²⁴⁶⁶ JEAN-BAPTISTE CHRYSTIN, *Consuetudines Bruxellenses*, Apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis, 1689, Art. CXVI, p. 117: “*Omnes Locationes Conductiones Domuum, Hortorum, Praediorum, Pratorum, Pomariorum, Nemorum, Stagnorum, Molendinorum, aliorumque Immobilium Consuetudini Bruxeliensi aut simili subjectorum (...) nec cessant aut annullantur dicta Locationes Conductiones venditione aut alienationem rei locata conducta...*”. No comentário que se seguia, CHRISTYN justificava a solução com a regra *nemo plus iuris* (por coincidência, o ano da edição desta obra que consultámos foi o mesmo em que ZOLL deu à estampa pela primeira vez a sua defesa da prevalência do direito do locatário, também escorado naquela regra – *supra*, II.1.2.5.4).

²⁴⁶⁷ *Coutumes du Pays et Duché de Brabant. Quartier d’Anvers, Tome Deuxième. Coutumes de la Ville d’Anvers*, cit., Titre LIX, art. 1, p. 449: “*Louage va avant achat. De sorte que, bien qu’une maison se vende ou se donne en arrentement, le locataire doit néanmoins jouir de sa location aussi longtemps qu’elle dure, quand bien même la maison ou l’héritage serait vendu par exécution autrement qu’en vertu de livraison*”. Ao contrário que que sucedia com outros direitos locais neerlandeses (a propósito dos quais se pode ver BUGNYON, *Legum Abrogatarum et Inusitatarum*, cit., Lib. I, Cap. LIV, nota a) do n° 1 da p. 48, p. 49), em Antuérpia a venda executiva não constituía excepção.

²⁴⁶⁸ O preceito encontra-se transcrito e traduzido para Latim em VAN WESEL, *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas*, cit., Art. XIX, p. 154: “*Dat alle Huyren, na date defes te maken, sullen moeten worden uyt gehouden, onaengesien eenige op-gevolgde alienatie, of transport, ende alsulcx voorts-aengeen plaets sal hebben, het seggen, van koop breeckt huyre, ten ware anders geconvenieert ware*” (“*Locationes de hinc facienda, a subsecuta alienatione vel mancipatione non infringuntor: itaque illa paroemia locatio cedit emptioni, nisi aliud conventum sit, antiquator*”).

²⁴⁶⁹ Sobre a adesão da Frísia à regra romana e a jurisprudência do final do século XVIII que alterou esse estado de coisas, LOKIN/ BRANDSMA/ JANSEN, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century*, cit., pp. 198 ss. e 202 e ss..

²⁴⁷⁰ As sucessivas Ordenações do Reino trataram da matéria. Transcrevem-se os pertinentes preceitos.

OA 4,43 (“*Do que vendeo a cousa de raiz a tempo que a ja tinha arrendada, ou alugada a outrem por tempo certo*”): “*SEEGUNDO fomos enformado, estabelecerom os Sabedores antigos, que compilarom as Lex Imperiaaes, que se algum home vendesse huã casa, ou herdade, ou qualquer outra cousa de raiz, a qual ao tempo da venda ja tinha arrendada, ou alugada a outrem por tempo, que fosse menos de dez annos, nom he o dito comprador theudo de manteer o dito contrauto d'aluguer, ou*

arrendamento ao dito rendeiro, ou alugueiro, mais podelo-á com Direito demandar e constringer, que lhe leixe a dita cousa sem embargo do alugamento, ou arrendamento, que lhe foi feito: salvo se no dito contrauto de compra e venda foi acordado antre as partes, a saber, comprador, e vendedor, que o dito comprador mantenha ao alugador, ou arrendador, o contrauto da renda, ou aluguer, que lhe assy foi feito pelo dito vendedor: ou se o dito vendedor no dito contrauto d'arrendamento, ou aluguer obrigou geralmente, ou especialmente a dita cousa arrendada, ou aluguada ao dito rendeiro, ou alugueiro pera comprimento do dito contrauto; ca em cada hum destes casos era o dito comprador theudo, e obrigado de manter ao dito rendeiro, ou alugueiro o contrauto do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito polo dito vendedor, sem outra nenhuã contradiçom.

I PERO todo esto nom embargante, achamos per Direito, que em todo caso dos sobreditos, em que o dito comprador possa desfazer o contrauto do arrendamento, ou aluguer, como dito he, dando-the o dito rendeiro, ou alugueiro, e pagando-lhe todo seu interesse, assy per respeito do gaanho, como da perda que recebesse, por causa do dito arrendamento assy ficar em sua força, em tal caso seja o dito comprador theudo, e obrigado até manter, e comprir, e guardar seu arrendamento, ou alugamento, sem outro algum embargo, ou contradiçom.

2 E ESTO poemas por Ley Geeral; a qual Mandamos que se cumpra em todos Nossos Regnos e Senhorio, assy como dito he, porque achamos per Direito que assy se deve fazer”.

OM 4,29 (“Do que vendeo a cousa de raiz ao tempo que a já tinha arrendada, ou aluguada a outrem por tempo certo”) “SE alguñ homem vender hũa casa, ou herdade, ou qualquer outra cousa de raiz, a qual ao tempo da venda tinha já arrendada ou aluguada a outrem, e entregue a posse della, por tempo que fosse menos de dez annos, nom he o dito comprador theudo manter o dito contracto d'aluguer, ou arrendamento ao dito rendeiro, ou alugador, mas pode-lo-ha com dereito demandar e constringer, que lhe deixe a dita cousa sem embargo do alugamento ou arrendamento que lhe foi feito; salvo se no dito contracto de compra e venda foi acordado antre as partes, convem a saber, comprador e vendedor, que o dito comprador mantenha ao alugador ou rendeiro o contracto da renda ou aluguer, que lhe assi foi feito por o dito vendedor, ou se o dito comprador depois da dita venda em alguñ tempo outorgou, ou por algũa guisa consentio, que fosse mantheudo ao dito rendeiro ou alugador seu contracto, que lhe foi feito por o dito vendedor; ou se o dito vendedor no dito contracto d'arrendamento ou d'aluguer obrigou geralmente, ou especialmente a dita cousa arrendada, ou aluguada ao dito rendeiro ou alugador, pera comprimento do dito contracto; cá em cada huñ destes casos, será o dito comprador theudo, e obrigado de manter ao dito rendeiro ou alugador o contracto do aluguer ou arrendamento, que lhe foi feito polo dito vendedor sem outra ninhũa contradiçam.

I PERÓ em todo caso em que o dito comprador possa desfazer o contracto do arrendamento ou aluguer, como dito he, dando-lhe o dito alugador ou rendeiro, e paguando-lhe todo seu interesse (assi por respeito do guanho como de perda) que recebesse por causa do dito arrendamento ficar em sua força, em tal cafo será o dito comprador theudo e obriguado a lhe manter, comprir, e guardar seu arrendamento ou alugamento, sem outro alguñ embargo, nem contradiçam”.

OF 4,9 (“Da venda de cousa de raiz feita a tempo que já era arrendada, ou alugada a outrem per tempo certo”): “Se algum homem vender huma casa, ou herdade, ou qualquer outra cousa de raiz, a qual ao tempo da venda tinha já arrendada, ou alugada a outrem, e entregue a posse della por tempo, que fosse menos de dez annos, não he o comprador obrigado a manter o contracto de aluguer, ou arrendamento ao dito Rendeiro, ou alugador, mas pode-lo-ha demandar e constringer, que lhe deixe a dita cousa, sem embargo do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito; salvo se no contracto de compra e venda foi acordado entre o comprador e vendedor, que o comprador cumpra ao alugador, ou Rendeiro o contracto de arrendamento, ou aluguer, que lhe foi feito pelo dito vendedor; ou se o comprador depois da venda em algum tempo outorgou, ou por alguma maneira consentiu, que fosse cumprido ao Rendeiro, ou alugador seu contracto, que lhe foi feito por o vendedor; ou se o vendedor no contracto de arrendamento, ou de aluguer obrigou geral, ou specialmente a cousa arrendada, ou alugada ao Rendeiro, ou alugador para cumprimento do contracto; porque em cada um destes casos será o comprador obrigado a cumprir ao Rendeiro, ou alugador o contracto do aluguer, ou arrendamento, que lhe foi feito pelo vendedor, sem contradicção alguma.

I. Porém em todo o caso, em que o comprador possa desfazer o contracto do arrendamento, ou aluguer, como dito he, dando-lhe o alugador, ou Rendeiro, e pagando-lhe todo o seu interesse, assi por respeito de ganho, como de perda, que recebesse por causa do arrendamento ficar em sua força, será o comprador obrigado a lhe cumprir e guardar seu arrendamento, ou aluguer, sem outro algum embargo, nem contradicção”.

²⁴⁷¹ O tratamento mais desenvolvido da matéria encontrava-se, sem dúvida, no comentário de MANUEL GONÇALVES DA SILVA à compilação filipina (*Commentaria*, cit., tomo IV, ad OF 4,9).

consagradas várias exceções que obrigavam o comprador a conservar o arrendatário na detenção do prédio, inspiradas pelo labor da doutrina do *ius commune*: a *locatio ad longum tempus* (uma vez que a norma apenas se aplicava se o arrendamento fosse concluído por menos de dez anos)^{2472 2473}; a celebração de um acordo de manutenção do locatário²⁴⁷⁴; a constituição de uma hipoteca geral ou especial sobre o imóvel arrendado, que garantisse o cumprimento da obrigação de proporcionar o seu gozo²⁴⁷⁵; o consentimento (ainda que tácito) do comprador à execução do contrato²⁴⁷⁶. As Ordenações foram, neste aspecto, mais do que seguidoras do direito romano-canónico; elas constituíram um verdadeiro repositório da sua *interpretatio*, desenvolvida na Europa desde os tempos medievais.

Remete-se, por isso, para o que estudámos, *supra*, II.1.2.2.4 e II.1.2.2.5, onde se analisou o contributo do Autor.

²⁴⁷² A previsão da locação feita por dez ou mais anos a propósito da venda de coisa imóvel arrendada era apenas um dos exemplos do acolhimento de uma autónoma *locatio ad longum tempus* pelas Ordenações (cf. o levantamento oferecido por ALMEIDA COSTA, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, cit., p. 171, nota 5). Detenhamo-nos, tão-só, em alguns dos pertinentes preceitos das Ordenações Filipinas: OF 3,47 pr. (necessidade de procuração ou outorga do marido ou da mulher para litigar a respeito do arrendamento “*de dez annos, ou dahi para cima*” de coisas imóveis); OF 3,93,3 (penhora e arrematação pública de bens arrendados “*de dez anos, ou dahi para cima*”); OF 4,48,8 (necessidade do consentimento da mulher quando o marido concedesse de arrendamento coisas imóveis “*de dez anos, ou dahi para cima*”). Tratava-se, na verdade, de reflexos da equiparação da *locatio ad longum tempus* aos negócios de alienação (cf., *supra*, II.1.1.3.5 e II.1.2.2.5).

²⁴⁷³ A vigência desta exceção ficou prejudicada pelo já mencionado Alvará de 3 de Novembro de 1757 (*supra*, II.1.2.5.5), como notava LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, in “Fascículo de Dissertações Juridico-Praticas”, tomo II, na Imprensa Régia, Lisboa, 1825, § 7, pp. 101-102.

²⁴⁷⁴ Era discutida a sua eficácia a favor de terceiro. MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nº 54, p. 256 pronunciava-se negativamente (“... *non ideo poterit conductor excipere de tali conventionione adversus singularem successorem, quia personalis est, sed poterit agere adversus locatorem...*”), ao passo que LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 43, p. 133, defendia que o arrendatário passava a ter uma posição oponível ao comprador (“[*e*]sta he uma limitação da regra a favor do Arrendatario, para dever ser conservado”). Ou seja, as dissensões que marcaram a doutrina do direito comum repercutiam-se na análise coetânea do *ius proprium* português.

Como é evidente, o acordo entre o vendedor e o comprador podia ser revelado pela atribuição ao último do direito às rendas (sobre o qual veja-se, *supra*, II.1.2.2.4): cf. LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit. § 47, pp. 137-138.

²⁴⁷⁵ Entendia-se que, dada a clareza da exceção, a mera constituição de hipoteca geral ou especial impedia o despejo pelo adquirente, não sendo necessária a celebração adicional de um *pactum de non alienando*. Assim se pronunciaram MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., nº 71, p. 258 (“*At vero attenda dispositione nostri textus, cessat omnis difficultas, in eo enim expresse statuitur, quod re locata hypothecata pro securitate contractus, non potest conductor expelli per emptorem quamvis hypotheca sit generalis, & ad hoc non requiritur in texto, ut ulterius interveniat pactum de non alienando, quod si voluisset, expressisset*”), e LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 53, pp. 142-144, que com feroz animosidade imputava a opinião contrária a GONÇALVES DA SILVA, o que nos parece erróneo: o praxista afirmava expressamente que, no âmbito da norma das Ordenações, não era requerido o pacto de não alienação (pois, se o fosse, tal teria sido dito expressamente).

²⁴⁷⁶ Esta exceção esteve presente apenas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas. Nela cabia, como expunha LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., §§ 48-51, pp. 138-141, o recebimento da renda pelo adquirente (*supra*, II.1.2.2.4; LOBÃO citava, justamente, CASTILLO, Autor que ali transcrevemos).

Mas os parágrafos 1 de OA 4,43, OM 4,29 e OF 4,9 consagraram uma exceção original²⁴⁷⁷: o arrendatário podia tornar oponível o contrato ao comprador (que ficava “obrigado a lhe cumprir e guardar seu arrendamento”)²⁴⁷⁸ se o indemnizasse de todos os danos emergentes e lucros cessantes que eventualmente sofresse com a manutenção do arrendamento²⁴⁷⁹.

²⁴⁷⁷ Deste modo, LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 11, p. 103.

²⁴⁷⁸ Usamos o texto das Ordenações Filipinas.

²⁴⁷⁹ MANUEL GONÇALVES DA SILVA considerava a norma aplicável às outras hipóteses de sucessão a título singular (*Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9,1, nº 2, p. 266).

2. O Jusracionalismo²⁴⁸⁰

2.1– A realização coactiva da prestação do locador

Os Autores que constituíram a chamada Segunda Escolástica (ou Escola Espanhola do Direito Natural) não se debruçaram sobre o problema da realização coactiva da prestação, com uma excepção de monta – a do jesuíta LUIS DE MOLINA²⁴⁸¹.

O teólogo e jurista reconhecia a existência de uma *communis opinio* em sentido oposto à execução específica²⁴⁸², fundada em BÁRTOLO e seguida por autores espanhóis como ANTONIO GÓMEZ, DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEIVA e JUAN GUTIÉRREZ: “*Bartolus et communis doctorum sententia quam referunt ac sequuntur Antonius Gomezius (...) Covarrubias (...) & Gutier. (...) asseverant, non teneri praecise id factum, sed liberari solvendo interesse. Quod affirmant [D.45,1,72, pr.] & [D.42,1,13,1]*”²⁴⁸³.

²⁴⁸⁰ Diferentemente das concepções de direito natural da Antiguidade ou da Idade Média, assentes numa ordem metafísica, o direito natural racionalista desenvolvido na Idade Moderna assentava numa desvinculação desses pressupostos. Seria a razão do homem (ser autónomo e observador da realidade que o rodeia) que lhe permitia alcançar, através do raciocínio e seus processos lógicos, as normas que regulavam o mundo físico e social, numa demonstração geométrica. A perspectiva desembocaria no Iluminismo do século XVIII. Sobre o ponto, e.g., ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 389-392 e 395 e ss., ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, cit., pp. 455-459, SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., pp. 41-43 e 47 e ss., RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *O Jusracionalismo Setecentista em Portugal*, in “Direito Natural, Justiça e Política”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 179 e ss., MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 121 e ss., HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho - Derecho Natural y Justicia Material*, tradução do alemão por FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, 2ª edição, Aguilar, Madrid, 1979, pp. 110 e ss., a longuíssima exposição de WIEACKER, *História*, cit., pp. 279 e ss., e 323 e ss., WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 221 e ss., e GERHARD OTTE, *Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz*, in “Quaderni Fiorentini”, 1979, pp. 179 e ss..

Entre nós, como é sabido, constituíram marcos fundamentais da penetração jusracionalista a Lei da Razão (Lei de 18 de Agosto de 1768, in ANTÓNIO DELGADO DA SILVA, *Collecção da Legislação Portuguesa Desde a Última Compilação das Ordenações, Legislação de 1763 a 1774*, Typografia Maigrense, Lisboa, 1829) e os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772 (*Estatutos da Universidade de Coimbra, Compilados Debaixo da Immediata e Suprema Inspeccção de ElRei D. José I. Nosso Senhor, Pela Junta de Providencia Literaria Creada Pelo Mesmo Senhor Para a Restauração das Sciencias e Artes Liberaes Nestes Reinos, e em Todos os Seus Dominios Ultimamente Roborados Por Sua Majestade na Sua Lei de 28 de Agosto deste Presente Anno*, Regia Oficina Tipografica, Lisboa, 1772)

²⁴⁸¹ Vide HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 58-59.

²⁴⁸² Como constata ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775.

²⁴⁸³ *De Justitia et De Jure, Opera Omnia, Tomus Secundus, De Contractibus*, Marci-Michaelis Bousquet, Coloniae Allobrogum, 1733, Disputatio DLXII, nº 4, pp. 809-810. Sobre o trabalho daqueles jurisconsultos hispânicos, cujos resultados não diferiram significativamente do “*mos italicus*”, consulte-se HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 59-63 e 64-70.

Expunha de seguida, porém, que se os *jura Caesarea* (o direito romano) libertassem o devedor da obrigação mediante o pagamento de uma indemnização por equivalente, tal seria irracional, iria contra a natureza das coisas e o bem comum, além de estar afastado de um legislador prudente e justo; logo, semelhantes disposições deveriam ser ab-rogadas e expurgadas do *corpus iuris*: “*Ac certe, si jura illa Caesarea, vel quaecunque alia intendissent, quod, quando quis obligatus esset ad factum, in optione ipsius postea esset, non id praestare, sed solum interesse, irrationabilia prorsus essent, & quae sine ullo Reipublicae commodo ac bono; contrarium ejus statuerent, quod habet ac postulat natura ipsa rei, quod longe alieno est a prudente, aequo, ac justo legislatore, essentque proinde abroganda, a corporeque juris praescindenda*”²⁴⁸⁴.

O membro da Companhia de Jesus não deixava de analisar o contributo canonístico, discordando expressamente de JOÃO ANDRÉ e de FELINO SANDEO: “*quicquid Johannes Andr. & Felinus in contrarium dixerint (...) ex quo tamen nihil tale colligitur*”²⁴⁸⁵.

MOLINA invocava, ainda, o direito de Castela, que, ao contrário do que prevalecia no direito comum, admitia largamente ao credor a execução específica (“*De jure etiam Castellae, obligatus ad factum, illud praecise praestare tenetur, si ita creditor velit*”)²⁴⁸⁶. Para o efeito, citava diversos preceitos das *Siete Partidas*: -5,11,13 (“*deuele apremiar ele Juez del lugar, que lo cumpla alli*”); -5,11,34 (“*si quando fizo la promission se obligo, diziendo que fuesse tenuto a todo; a pechar la pena, e a cumplir la promission, en todas guisas*”); -5,11,35 (“*si aquel dia no ouiere dado, o fecho, lo que prometyo, tenuto es de pechar la pena; o de dar, o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que rescibio la promission*”); -5,14,3 (“*el que ouiesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue complir de otra guisa el pleyto*”); -3,27,4 [5] (“*E si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deuiessse fazer, deuelo apremiar, que la faga assi como fue puesto, o lo prometio*”)²⁴⁸⁷.

²⁴⁸⁴ *De Justitia et De Jure*, cit., p. 810. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 546, e HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 63-64.

²⁴⁸⁵ *De Justitia et De Jure*, cit., p. 810.

²⁴⁸⁶ *De Justitia et De Jure*, cit., p. 810.

²⁴⁸⁷ Encontra-se em HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 72-75, uma análise destes preceitos, bem como da elaboração doutrinal que sobre eles recaiu. Seguimos a já citada versão das *Partidas* organizada e glosada por GREGORIO LÓPEZ. Atente-se que em *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Tercera, cit., o último texto citado corresponde a 3,27,5 (cf. a advertência de HALLEBEEK, cit., p. 73, nota 70).

As inegáveis influências do direito canónico²⁴⁸⁸ e do direito próprio castelhano²⁴⁸⁹ em MOLINA tiveram reflexos que perdurariam: dessa conjugação surgiu uma reflexão jusnaturalista abonatória do princípio geral da execução específica de qualquer prestação e à qual o direito positivo não ficaria indiferente – nomeadamente, como vimos, no espaço neerlandês.

Já se observou, a propósito do contributo da Jurisprudência Elegante, que HUGO GRÓCIO continuou a reconhecer a *condemnatio pecuniaria* como a solução aplicável às obrigações de *facere*. Foi THOMASIIUS o responsável, no campo do jusracionalismo, por uma teoria baseada na possibilidade de execução específica de qualquer obrigação, independentemente do seu conteúdo.

Influência directa da investigação desenvolvida foram as conclusões de HUBERO, que THOMASIIUS considerava evidentes e pretendia demonstrar de acordo com os princípios do direito natural: “*Atqui haec Huberi sententia videtur initio perspicuè ex ipsa natura promissorum, item actionis ad interesse, secundum principis juris natura brevissimis ita demonstrari posse*”²⁴⁹⁰.

O ponto de partida da construção era a regra da fidelidade ao acordo de vontades, *pacta sunt servanda*, comum a todos os povos e que tornaria repugnante prestar algo diferente do convencionado: “*Moribus omnium gentium ex ipso dictamine rectae rationis receptae est, pacta & promissa esse servanda (...) Unde alii Jurisconsulti semel admissio hoc absurdo, omni aequitati repugnante, ut in arbitrio decipientis sit, utrum fidem data circa factum adimplere, an alteri interesse praestari velit*”²⁴⁹¹. Meios para alcançar a realização das prestações de facto ordenada pelo juiz seriam a aplicação ao devedor recalcitrante de multas e, na falta de recursos económicos, do cárcere: “*Quid ergo faciet, inquis, ut cogat factum praestare nolentes, & pertinaciter quidem nolentes?(...) multa pecuniaria capax est, flectere hominum*

²⁴⁸⁸ NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 546; HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 76.

²⁴⁸⁹ Novamente, HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 76 (“*Molina interprets the ius commune in conformity with the prevailing views outside the sphere of the civilian tradition, i.e., in conformity with Canon Law and Spanish indigenous law*”).

²⁴⁹⁰ *Dissertatio Inauguralis Juridica, An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § 5, p. 5. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 547-548 (que pertinentemente menciona as importantes relações científicas estabelecidas entre HUBERO e THOMASIIUS).

²⁴⁹¹ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § VI, pp. 5-6. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 548, e KLAUS LUIG, *Das Privatrecht von Christian Thomasius zwischen Absolutismus und Liberalismus*, in “*Christian Thomasius, 1655-1728*”, Verlag Felix Meiner, Hamburgo, 1989 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998), p. 168

*etiam pertinacissimorum renitentiam, ut faciant, quae iudex fieri praecepit. Sed refractarius non habet pecunia aut res pecunia aestimabiles: Iro pauperiot est: Quomodo hic cogi poterit, ut factum impleat? (...) Carcere coget*²⁴⁹².

THOMASIIUS complementava o ponto de vista dos princípios do direito natural com uma análise do direito romano, que, na sua opinião, não divergia da proposta que apresentava: “*Jure Romano nihil diversum a nostra doctrina proponi*”²⁴⁹³.

Por um lado, a diferenciação entre obrigações de *dare* e de *facere* seria insignificante (“*parum differe*”), pois o termo *praestatio* referia-se a ambas: “*Quid enim hic est praestatio dationi & facto opposita? Sane praestatio de utroque promissionis genere dandi & faciendi dici solet, nam & res praestatur, dum traditur, & factum, dum promissum servatur. Imo etiam interesse praestari dicitur*”²⁴⁹⁴.

Por outro lado, a distinção entre *facta nuda* e *facta qualificata* também careceria de utilidade (“*parum utilis distinctio inter facta nuda & qualificata*”). Sendo certo que, segundo D.45,1,52,1, a promessa de *traditio* da *vacuam possessio* era um *facto non nudum*, isso não significava que a obrigação de praticar *nuda facta* permitisse uma liberação por meio do pagamento de indemnização por equivalente: “*non nego terminus hujus distinctionis occurre in jure v.g. in [D.45,1,52,1] (...) Nego, quod per hanc distinctionem probetur, in facti nudis aliquem liberari praestando interesse*”²⁴⁹⁵. A inegável dificuldade de realização coactiva de meros factos, que estava na base da teoria da condenação pecuniária, não podia ser utilizada em benefício do réu, mas, ao invés, devia ser posta a favor do autor: “*Denique concedo, in multis factis nudis difficulter promittentis cogi posse ad facta praestanda, & adeo hoc intuitu concedendam esse actionem ad interesse (...) id nequaquam in favorem reum, sed potius in favorem actorum fieri*”²⁴⁹⁶. Até porque o *id quod interest* não visava qualquer *favor debitoris*, mas sim *creditoris*: “*... actio ad interesse in his casibus non est inventa in favorem debitoris sed creditoris*”²⁴⁹⁷.

O próprio *ius romanum* acabava por respeitar a *fides* devida ao acordo de vontades, não permitindo que, para cumprir a obrigação, se entregasse ao credor coisa diversa da convencionada (“*Textus iuris Romani generales de fide data servanda &*

²⁴⁹² *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § IIX, pp. 6-7. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 549.

²⁴⁹³ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XVIII, pp. 13-14.

²⁴⁹⁴ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XIX, pp. 14-15.

²⁴⁹⁵ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XX, pp. 15-16.

²⁴⁹⁶ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XX, p. 16.

²⁴⁹⁷ *Notae*, cit., Lib. III, Tit. XVI, p. 216. Vd. LUIG, *Das Privatrecht von Christian Thomasius*, cit., p. 168.

quod aliud pro alio solvi non possit”), como resultaria de D.12,1,2,1 (“*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”)²⁴⁹⁸.

Outro argumento a favor da execução em espécie retirar-se-ia de D.39,5,28, quando aí se estabelecia que, através da *actio praescripti verbis*, a filha poderia ser obrigada a defender o pai (“... *cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere*”), o que demonstraria que as leis romanas, ainda que ante uma *obligatio faciendi*, ordenavam ao devedor a prestação de factos: “*Sede & ubi non de dando sed faciendo sermo est, leges Romanae jubent, debitores cogendos, esse ad facta praestanda*”²⁴⁹⁹.

Mas, além dos princípios do direito natural e das disposições romanas (cujo estudo pelo Autor analisámos perfunctoriamente, aliás), THOMASIIUS convocava o direito alemão (“*Jus Patrium & Mores Germaniae & praxin forensem*”) em defesa da sua posição, pois os costumes germânicos eram claros: o devedor de obrigação de *facere* não se libertava dela através do ressarcimento dos danos causados (“*Moribus Germaniae evidens est, debitorem facti non liberari prestando interesse*”)²⁵⁰⁰. Refira-se, a propósito, o § 162 do *Jüngster Reichsabschied*, de 1654, que previa meios de execução das obrigações de abstenção²⁵⁰¹.

No específico campo locatício, verificámos que se foi formando no seio do *Usus Modernus*, embora sem directa influência jusnaturalista, uma aceitação da execução em

²⁴⁹⁸ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XXI, pp. 16-17. É visível a reminiscência da obra de PILLIO.

²⁴⁹⁹ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XXIII, p. 18. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 548.

²⁵⁰⁰ Ob. cit., § XL, p. 36.

²⁵⁰¹ Cf. OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., pp. 99-100. O texto pode ser compulsado em KARL ZEUMER, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 2ª edição, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913, p. 456: “*In Fällen und Sachen aber, welche, weil die Urtheil allein ad omittendum vel non faciendum gerichtet, keiner andern Execution unterworfen, als daß der verlustigte Theil a certo aliquo facto abstinere, soll demselben auf den Fall einiger Contravention ebenmäßig eine gewisse Pön bestimmt und, da er der ergangenen Urtheil zuwider handelte, nicht allein mit der Declaration poenae gegen ihm verfahren, sondern auch ein kurtzer Termin ad praestandam cautionem de non amplius turbando, impediendo, excedendo, attentando, offendendo angesetzt, zugleich auch die Execution wegen des verwürckten Pön-Falls auf obbeschriebene Weise, vermittels der mandatorum executorialium, an seine Obrigkeit oder die ausschreibende Fürsten würrklich verfüget, und im Fall er sich derselben widersetzen oder auch die ihme solchergestalt auferlegte Caution in angesetztem Termin nicht leisten und also in poenam banni fallen würde, ferner, wie sich vermög der Reichs-Satzung, Kammer-Gerichts- und Executions-, auch dieser Unserer Ordnung gebührt, gegen ihm procediert werden, jedoch soll mehr gedacht Unser und des Reichs Cammer-Gericht sich der Achts-Erklärung weiter nicht, als so weit es demselben vermög der Reichs-Abschiede und Kammer-Gerichts-Ordnung gebühret, unternehmen, sonsten aber de modo et ordine, wie einer oder ander Stand in die Acht zu erklären, in nächster prorogirter Reichs-Versammlung nach Veranlassung des Instrumenti Pacis gehandelt und verordnet werden*”.

espécie da obrigação de proporcionar o gozo da coisa²⁵⁰². O jusracionalismo não seguiu, evidentemente, caminho diferente, como mostra a seguinte passagem de CHRISTOPH ANDREAS REMER: “*Simpliciter tenetur locator usum rei locatae praestare, nec liberatur offerendo interesse in ejus locum*”²⁵⁰³.

2.2 – A concepção ampla da posse de direitos

A *iuris possessio* ou *quasi possessio*²⁵⁰⁴ raríssimas vezes serviu como fundamento para a doutrina do *ius commune* atribuir a tutela possessória ao locatário²⁵⁰⁵. Mesmo quando sectores da canonística a estenderam a direitos de índole puramente pessoal²⁵⁰⁶, entendeu-se simultaneamente, como vimos, que o *conductor* era um mero detentor a quem não se concediam os meios de defesa da posse²⁵⁰⁷.

²⁵⁰² *Supra*, II.1.2.4.1.

²⁵⁰³ *Tractatus de Vero Ex Iure Romano Statui Germaniae Attemperato Obligationum Valore qui Naturam et Fundamenta Obligationis Juxta Juris Naturalis*, Apud Christian Liebbezeit, Hamburgi, 1714, *Sectio Secunda*, Cap. II, § 21, p. 298.

²⁵⁰⁴ A regra do *ius romanum* era a da posse de coisas corpóreas: cf. D.42,1,3 pr. (“*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*”), D.41,3,4,26 (“*Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis (id est mero iure) detruditur*”) e D.41,3,26 (“*Numquam superficies sine solo capi longo <longe> tempore potest*”). Ou seja, não eram objecto de posse as *res incorporales* (constituídas pelos direitos, como a *hereditas*, o usufruto e as obrigações, de acordo com GAIUS 2,14: “*Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae...*”).

Foi admitida, porém, a *quasi possessio* de certos direitos reais limitados, o que conferia aos seus titulares faculdades análogas às da *possessio* em sentido próprio, nomeadamente o exercício dos *interdicta*. A Paráfrase de THEOPHILUS às Instituições (4,15) apresenta a distinção: “*et ‘possessio’ est rei corporalis detentio; ‘quasi’ autem ‘possessio’ est incorporalis rei usus. et corporalis quidem res est fundus, domus et cetera eiusmodi; incorporalis autem est ususfructus, servitus et his similia*” (*Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori*, instruxit E. C. FERRINI, accedit epistula C. E. ZACHARIAE A LINGENTHAL, Apud S. Calvary eiusque socios, Berolini, 1884, p. 474 – usamos a versão latina). Tratou-se de um perfeito exemplo do desenvolvimento do direito romano por virtude da analogia (sobre o qual se remete para a análise de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *A «Fictio Iuris» no Direito Romano («Actio Ficticia»)*. *Época Clássica*, Separata do volume XXXII do Suplemento ao BFDUC, Coimbra, 1988, pp. 255 e ss.).

Assim, reconheceu-se a *quasi possessio/iuris possessio* e a protecção interdital, por exemplo, ao usufrutuário (GAIUS 4,139; D.4,6,23,2; D.39,5,27; D.43,16,3,17) e aos titulares de servidões prediais (D.8,1,20; D.8,2,20 pr.; D.8,4,2; D.8,5,6,1; D.43,19,1-2-3; D.43,19,7).

Cf., por exemplo, VOCI, *Istituzioni*, cit., pp. 113-114 e 345-346; GUNTER WESENER, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, in “*Das Römische Recht im Mittelalter*”, herausgegeben von ELTJO J. H. SCHRAGE, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987 (publicado originalmente em *Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, Graz, 1975), pp. 188 e ss.; MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., pp. 57 e ss.; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III*, cit., pp. 152-153.

²⁵⁰⁵ Recorde-se, porém, a já estudada excepção de BÖHMER (*supra*, II.1.2.5.2).

²⁵⁰⁶ Remete-se para BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 242 e ss., RUFFINI, *L’ Actio Spolii*, cit., pp. 421 e ss., WESENER, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, cit., p. 198, e MASMEJAN, *La Protection Possessoire*, cit., p. 60.

²⁵⁰⁷ *Supra* II.1.1.2.2. Nesse sentido, ainda, WESENER, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, cit., p. 198, especialmente a nota 64.

Foi com o jusracionalismo que surgiu uma concepção ampla de *quasi possessio*, presente na obra de WOLFF²⁵⁰⁸. A construção partia do pressuposto de que os direitos (que eram *res incorporales*: “... *rebus incorporalibus, veluti juribus nobis competentibus...*”²⁵⁰⁹) podiam ser objecto do direito de propriedade (“... *res etiam incorporales in dominio esse possunt...*”²⁵¹⁰). Como não era excogitável que o *dominium* fosse exercido sem a *possessio* (“...*sine possessione dominium exerceri nequit*”)²⁵¹¹, tornava-se evidente que tinha de ser atribuída ao proprietário a posse da *res* (“*Unde porro liquet, domino competere jus rem possidendi*”)²⁵¹². Logo, a posse de direitos vinha satisfazer essa exigência levantada pelas *res incorporales*.

Para WOLFF, a *quasi possessio* abrangia, deste modo, quaisquer *res incorporales*, o que se alicerçava numa analogia com a posse das *res corporales*; o fundamento de tal raciocínio analógico era a possibilidade de exercícios dos poderes que competiam ao proprietário, ao abrigo de uma faculdade ou poder moral: “*Res incorporalis quasi possideri dicuntur, quatenus earum possessio fingitur ad analogiam possessionis rerum corporalium, cujus fundamentum est potentia physica ad eos actus, quos edendi facultas seu potentia moralis est jus domino competens*”²⁵¹³.

Esta compreensão teria desenvolvimentos relevantes com as codificações. Vários códigos civis consagraram uma posse de direitos que abarcou, além de direitos reais, puros direitos de crédito²⁵¹⁴, com repercussões particularmente importantes na protecção da posição do locatário. Mencionem-se, neste conspecto, o ABGB austríaco e o primeiro Código Civil português²⁵¹⁵.

2.3 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Dos grandes teóricos que construíram as bases de um sistema de direito natural racionalista, apenas WOLFF se debruçou *ex professo* sobre as consequências da sucessão a título singular do direito do locador.

²⁵⁰⁸ Assim, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 234.

²⁵⁰⁹ CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Prostat in Officina Rengeriana, Hallae Magdeburgicae, 1763, § 206 (“*De dominium rerum incorporalium*”), p. 110.

²⁵¹⁰ WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, cit., § 206, p. 110. Sobre o ponto, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 234.

²⁵¹¹ WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, cit., § 200 (“*De possessionem*”), p. 197.

²⁵¹² WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, cit., § 200, p. 197.

²⁵¹³ WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, cit., § 298 (“*De quasi possessione*”), pp. 152-153.

²⁵¹⁴ Novamente, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 234.

²⁵¹⁵ Como se verá, *infra*, II.3.4.2 e II.3.5.2.

Com efeito, GRÓCIO e PUFENDORF nem sequer trataram da questão²⁵¹⁶ e, na sua anotação ao Digesto, THOMASIIUS limitou-se a assumir uma atitude puramente descritiva, sem tomar qualquer posição sobre a possibilidade de o adquirente despejar o locatário antes de decorrido o prazo contratual: o Professor de Halle dava nota da disputa entre ZOLL e ZAUNSCHLIFFER – aduzindo que a corrente representada pelo último era recebida pela prática forense – e verificava que BEYER e STRYK consideravam superior a opinião de ZOLL (“*An successor singularis conductorem expellere possit ante finitum locationis tempus, disputatum fuit inter Zollium & Zaunschlifferum, illo negativam, hoc affirmativam tanquam in foro receptiorem defendente; Totam controversiam recenset & Zollii opinionem in puncto juris potioem esse putat Dominus Beyer (...) Us. mod. §. 81.*”)²⁵¹⁷.

Mas a teoria geral dos contratos elaborada por aqueles Autores esteve muito longe de ser indiferente para os rumos pelos quais o jusracionalismo enveredou na matéria²⁵¹⁸.

Segundo GRÓCIO, a “*promessa perfeita*” (“*perfecta promissio*”), que conferia a outrem um direito próprio (“*jus proprium*”), tinha um efeito semelhante ao da alienação da propriedade, uma vez que consistia num modo de alienação da *res* ou na alienação de uma partícula da liberdade do promitente: “... *ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri confere: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cujusdam nostrae libertatis*”²⁵¹⁹.

A mesma ideia era exposta por PUFENDORF: a obrigação colocava uma restrição moral à liberdade de acção, de tal modo que não se podia ir em direcção diferente (“... *obligationem (...) Injicitur enim per illam velut fraenum quoddam morale nostrae agendi libertati ut in diversam, quam quo illa ducit partem, tendere recte nequeamus*”)²⁵²⁰. Essa restrição manifestava-se na impossibilidade de celebração de acordos respeitantes a coisas ou acções sobre as quais alguém já tivesse adquirido um

²⁵¹⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 170-171.

²⁵¹⁷ CHRISTIAN THOMASIIUS, *Notae ad Singulos Pandectarum Titulos*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1713, ad D. 19,2, p. 209.

²⁵¹⁸ Seguir-se-ão GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 172-173, LUIG, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, cit., pp. 43-44, e FRIEDERIKE QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005, pp. 115-118.

²⁵¹⁹ HUGO GRÓCIO, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Apud Janssonio-Waesbergios, Amstelaedami, 1720, Lib. II, Cap. XI, IV, I, p. 357.

²⁵²⁰ SAMUEL PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, editio novissima & emendatissima, Ex Officina Joann. Hayes, Celeberrimae Academiae Typographi, Cantabrigia, 1762, Lib. I, *Definitio XII*, § 1, p. 81.

direito, a menos que esta pessoa o consentisse; ou seja, aquele que transferiu um direito a outrem já não o podia transferir a favor de um terceiro: “*Sed nec de meis rebus aut actionibus, in quae jam alteri jus fuit quaesitum, cum tertio valide possum pacisci, nisi forte illo jure suo velit cedere. Nam qui prioribus pactis jus suum jam in alium transtulerat, ipse utique nullum amplius tale jus reliquum habet, quod in tertium conferre possit*”²⁵²¹.

THOMASIIUS não divergia. O acordo de transmissão e aquisição de direitos ao qual não se fosse fiel, lesando-se o outro, atentava contra as regras da justiça (“*Cum in pacti intendatur translatio & acquisitio juris, peccat contra regulas justitiae, qui laedit alterum, fidem datam non servando*”)²⁵²². E, com uma argumentação semelhante à de PUFENDORF, reafirmava-se que, sendo constituído um direito a favor de outrem, era retirada do livre arbítrio a faculdade de validamente pactuar sobre as próprias coisas ou acções: “*Denique nec super actionibus aut rebus nostris, circa quas alteri jam fuit jus quaesitum, valide pacisci possumus. Sunt enim nostro arbitrio jam exemptae*”²⁵²³.

Observaremos, de seguida, como estes contributos estiveram presentes na defesa da solução contrária à do direito romano e do *ius commune*, isto é, a da oponibilidade do direito do locatário ao sucessor, a título singular, do direito do *locator*.

2.3.1 – Defesa da prevalência da posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

A aplicação no campo locatício da ideia de limitação da liberdade de transmissão surgiu na obra de GOTTLIEB GERHARD TITIUS²⁵²⁴, um dos discípulos que fez parte da chamada “Escola de THOMASIIUS”²⁵²⁵.

²⁵²¹ PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, cit., Lib. I, *Definitio XII*, § 36, pp. 133-134.

²⁵²² CHRISTIAN THOMASIIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex Sensu Communi Deducta*, Typis & sumtibus Viduae Christophori Salfeldii, Halae & Lipsiae, 1718, Lib. II, Cap. VII, n.º 3, p. 219.

²⁵²³ CHRISTIAN THOMASIIUS, *Institutionum Jurisprudentiae Divinae Libri Tres*, editio septima, Sumtibus & typis Viduae Christophori Salfeldii, Halae Magdeburgicae, 1730, Lib. II, Cap. VII, § 94, p. 148.

²⁵²⁴ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 173-174, e LUIG, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, cit., p. 44.

²⁵²⁵ A propósito desse coeso grupo de juristas, filósofos e funcionários públicos que puseram em prática um programa intelectual comum nos campos do ensino do direito e da política, cf. MERIO SCATTOLA, *Scientia Iuris and Ius Naturae. The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in DAMIANO CANALE/PAOLO GROSSI/HASSO HOFMANN (org.), “A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900”, vol. 9 de ENRICO PATTARO (Editor-in-Chief), “A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence”, Dordrecht/Heidelberg/Londres/Nova Iorque, Springer, 2009, p. 23.

O direito natural, segundo TITIUS, obrigava o sucessor a título singular do direito do locador a manter a *locatio* (“... *singularis successor (...)* *hic juxta interpretationem naturalem locationi stare debet...*”): ao dar em locação, o *dominus* restringira a sua liberdade de alienação, que tinha de respeitar o direito do *conductor* (“... *dominus enim rem locando, alienandi libertatem ita restrinxit, ut durante locatione vel omnino non, vel non aliter, quam salvo conductoris jure, rem alienare possit*”)²⁵²⁶.

Mas, com plena consciência da solução oposta do direito comum, o Professor de Leipzig aconselhava cautela ao arrendatário, que deveria procurar os meios adequados para restringir a liberdade de alienação do senhorio: “... *cautus esse debet conductor, quo mediis habilibus libertatem alienandi coerceat*”²⁵²⁷.

Como a dogmática do *Usus Modernus Pandectarum* negava que um desses meios fosse o mero *pactum de non alienando* ao qual não acrescesse um direito real²⁵²⁸, e dadas as dúvidas interpretativas instaladas, para TITIUS o *conductor* agiria prudentemente se conseguisse que à convenção fosse adicionada um *pignus*, com o objectivo de garantir a sua posição (“*Interim cum ista res variantibus interpretum sententiis dubia sit reddita, hinc prudenter aget conductor, si conventioni, ex monito AUTORIS, pignus addi curet*”)²⁵²⁹.

O contributo de REMER ia em sentido semelhante²⁵³⁰. Depois de expor a disciplina do *ius romanum*, o estudioso do direito hamburguês considerava-a repugnante à luz do direito natural, uma vez que a locação restringia a liberdade de alienação do proprietário – qualquer transmissão devia salvaguardar, pois, o interesse do locatário (“... *haec principia juri naturale repugnare, quia domino locatione usus alienandi libertas ita restricta, ut durante locationis tempore non alio modo, quam salvo conductoris jure, alienatio haec fieri debeat*”)²⁵³¹. Os princípios do direito natural teriam sido recebidos, porém, pelos Estatutos de Hamburgo, que neste ponto se

²⁵²⁶ TITIUS, *Observationum Ratiocinantium in Compendium Juris Lauterbachianum Centuriae Quindecim*, editio secunda, Sumptib. Haered. Frider. Lanckisii, Lipsiae, 1717, ad D.19,2, *Observatio DXCVII*, p. 398.

²⁵²⁷ TITIUS, *Observationum Ratiocinantium in Compendium Juris Lauterbachianum*, cit., ad D.19,2, *Observatio DXCVII*, p. 399.

²⁵²⁸ “Vel promisserit se rem locatam ante tempus conductionis non alienatarum) *Ob hactenus dicta, etiam hic dissentirem, nam locator conventione seria, facultatem alienandi sibi admit, & licet conventio personam tantum afficiat, neutiquam vero jus reale producat attamen, ob fraenum libertati personae injectum, impendiendae dominii translationi sufficit, & alias conventio inita nullum habere effectum*”: TITIUS, *Observationum Ratiocinantium in Compendium Juris Lauterbachianum*, cit., ad D.19,2, *Observatio DXCIX*, p. 400.

²⁵²⁹ TITIUS, *Observationum Ratiocinantium in Compendium Juris Lauterbachianum*, cit., ad D.19,2, *Observatio DXCIX*, p. 401.

²⁵³⁰ Como observa GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 175.

²⁵³¹ REMER, *Tractatus de Vero Ex Iure Romano*, cit., *Sectio Secunda*, Cap. II, § 23, p. 299.

afastavam do direito romano (“... *quod respicit Hamburg. Statut. p. 2. tit. 9 § 13. quod in hoc casu a jure romano abit*”)²⁵³².

REMER não esquecia os escolhos que se levantavam à solução aventada, uma vez que o direito positivo não lhe era favorável, pelo menos quando interpretado por não poucos “*autores pragmáticos*” com grande influência na *praxis* forense. Por isso, e de novo na mesma linha de TITIUS, sugeria-se, para segurança do arrendatário, a constituição de uma hipoteca que lhe conferisse um direito real até ao decurso do prazo do contrato: “*Quia vero nonnulli pragmatici scriptores contrarium defendunt, quorum opiniones in judiciis tanquam oracula saepius adorantur, securitati suae melius consulit conductor, si in re conducta hypothecam & consequenter jus reale sibi, usque dum terminus elapsus, constitui curet*”²⁵³³.

Observou-se que, ao analisarem o direito romano (que em boa medida coincidia com o direito positivo alemão), GERHARD/PUND não se afastaram da doutrina tradicional²⁵³⁴. Mas, ao moverem-se nos limites do direito natural²⁵³⁵, defendiam a regra oposta: “*Sic vero invertetur axioma nostrum, e legum naturalium argumentum rectius dicitur: Kauf hebt Miethe nicht auf*”²⁵³⁶.

A lei natural proibia ao locador a desvinculação do compromisso que assumira e, por isso, tendo transferido o seu direito para outrem, não podia transmitir a um terceiro a faculdade de o prejudicar. Logo, o comprador não podia adquirir qualquer direito que perturbasse a prévia posição jurídica do *conductor* (“... *lege naturali prohibetur locator a pacto suo resilire. Ergo etiam jus suum in alium translatum illo invito tertio conferre non potest. Ergo novus emtionis venditionis contractus jure consistere non potest, quoad conductori ante hunc jus quaesitum fuit. Ergo eatenus nil juris acquiritur emtori, qui potius alterius jus turbare eadem naturali lege prohibetur*”)²⁵³⁷.

GERHARD/PUND lançavam mão, ainda, da regra *nemo plus iuris* (“...*adeoque & jus nostrum ex conductione ortum ad alium sine facto nostro transferri non possit, neque, rationis pariter ac ULPIANI judicio, aliquis plus iuris ad alium transferre possit, quam ipse habet*”, isto é, o direito que para nós surgiu da locação não pode ser

²⁵³² REMER, *Tractatus de Vero Ex Iure Romano*, cit., *Sectio Secunda*, Cap. II, § 23, p. 299.

²⁵³³ REMER, *Tractatus de Vero Ex Iure Romano*, cit., *Sectio Secunda*, Cap. II, § 24, p. 300.

²⁵³⁴ *Supra*, II.1.2.5.4.

²⁵³⁵ GERHARD era membro da já aludida “Escola de THOMASIUS”. Vide SCATTOLA, *Scientia Iuris and Ius Naturae*, cit., p. 23.

²⁵³⁶ GERHARD/PUND, *Dissertatio*, cit., Cap. II, § X, p. 20.

²⁵³⁷ GERHARD/PUND, *Dissertatio*, cit., Cap. II, § VII, p. 18. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 175.

transferido sem a nossa contribuição)²⁵³⁸, embora o fizessem, ao contrário de ZOLL, dentro da já apontada perspectiva do direito natural²⁵³⁹.

Foi com WOLFF, contudo, que surgiu no seu máximo vigor uma exposição sistemática da matéria²⁵⁴⁰, dentro do método sintético-demonstrativo de que aquele jurisconsulto foi o expoente²⁵⁴¹. Vejamos, pois, como foi aplicado o sistema jusnaturalista wolffiano ao contrato de locação, com o objectivo de demonstrar que, de acordo com o direito natural, a posição do locatário não podia ser beliscada pela transmissão do direito do locador.

O ponto de partida de WOLFF também foi a teoria geral dos contratos desenvolvida desde GRÓCIO²⁵⁴². A obrigação implicava a alienação de uma partícula da liberdade do devedor (“*Qui alteri ad faciendum sese obligat perfecte, particulam quandam libertatis suae alienat*”)²⁵⁴³ e, verificando-se uma “*promissio perfecta*”, surgia para o promissário um “*ius perfectum*” (“*Quoniam promissor promissario perfecte obligatur (...) jus promissario ad id, quod promissum est, jus perfectum competit*”)²⁵⁴⁴.

Dada essa força vinculativa das promessas (“*Promissa sunt servanda*”)²⁵⁴⁵, os acordos de vontades – que continham uma ou mais *promissa* – também vinculavam as partes ao abrigo do direito natural (“*Continent enim promissionem, vel promissiones plures acceptatas (...), adeoque validas (...) Sed promissa sunt servanda (§. 431.), & promissor promissario perfecte obligatur (...) Quamobrem pacta quoque servanda sunt, & naturaliter obligant paciscentes*”)²⁵⁴⁶.

Por outro lado, a *locatio* consistia num dos “*actos de troca ou contratos onerosos*” (“*De Actibus permutatoriis, seu Contractibus Onerosis*”, segundo a epígrafe do IV capítulo da IV parte de *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*²⁵⁴⁷, a

²⁵³⁸ GERHARD/PUND, *Dissertatio*, cit., Cap. II, § VIII, p. 19.

²⁵³⁹ Como nota GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 176.

²⁵⁴⁰ Analisada pormenorizadamente por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 176-179. Cf., ainda, QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 118-121.

²⁵⁴¹ Sobre o ponto, por exemplo, WIEACKER, *História*, cit., pp. 361-362, CAVANNA, *Storia*, I, cit., p. 346, STEIN, *Roman Law*, cit., p. 110, e JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850)*, Verlag C.H. Beck, Munique, 2001, p. 170.

²⁵⁴² Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 177-178, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 118-120.

²⁵⁴³ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Tertia*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1743, Cap. IV, § 360, p. 240.

²⁵⁴⁴ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, III, cit., Cap. IV, § 364, p. 242.

²⁵⁴⁵ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, III, cit., Cap. IV, § 431, p. 288.

²⁵⁴⁶ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, III, cit., Cap. IV, § 789, p. 556.

²⁵⁴⁷ *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Quarta*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1744, p. 604.

“obra jusnaturalista fundamental” de WOLFF²⁵⁴⁸,²⁵⁴⁹ e era definida como o contrato oneroso através do qual se concedia o uso de uma *res* mediante o pagamento de uma *merces* (“*Locatio conductio est contractus onerosus, quo certus rei usus conceditur (...) pro certa mercede*”)²⁵⁵⁰.

A concessão do uso era o objecto de uma obrigação do locador (“*Locator obligatur conductori ad usum rei conventum (...) praestandum*”)²⁵⁵¹, cujo surgimento decorria da perfeição do contrato (“*Quamobrem cum ex contractu perfecto oriantur obligationes ad id praestandum, de quo conventum est...*”)²⁵⁵²; no caso da locação, o contrato tornava-se perfeito com o acordo das partes (“*Quamprimum locator & conductor conveniunt de mercede pro usu rei (...) locatio conductio perficitur*”)²⁵⁵³.

Nada de particularmente original se vislumbrava até aqui. WOLFF considerava, porém, que tendo o *dominus* um direito de uso da *res*, oponível *erga omnes*, o contrato transferia integralmente a favor do locatário esse “*jus re utendi*” (“*Locator rei in conductorem transfert jus re utendi, prouti conventum fuerit. Etenim cum domino competat jus re utendi (§. 136. part. 2 Jur. nat.)*²⁵⁵⁴, & *is eodem excludat ceteros omnes (§. 138. part. 2 Jur. nat.)*²⁵⁵⁵ (...) *Quamobrem cum locator conductori concedat eum usum rei, de quo convenitur (§. 1194.); jus omnino in eum transfert re utendi, prouti conventum fuerit*”)²⁵⁵⁶.

Ora, como a locação seria reconduzível à compra e venda (“*Reductio locationis ad venditionem*”)²⁵⁵⁷, o direito do locatário identificava-se com o do comprador. Efectivamente, WOLFF alegava que, sendo o direito de uso de coisa alheia equiparado

²⁵⁴⁸ Transcreveu-se WIEACKER, *História*, cit., p. 362.

²⁵⁴⁹ Entre nós, JOAQUIM MARIA RODRIGUES DE BRITO, *Philosophia do Direito*, 2ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1871, § 396, p. 317, também viria a classificar a locação de coisa como uma das espécies de troca (“*As trocas podem reduzir-se a quatro especies: (...) Troca do uso de um objecto por dinheiro ou generos, locação de cousa*”), no sentido de “*Associações de troca, ou de serviços equivalentes, de retribuição certa - contractos eguaes ou bilaterais*” (§ 394, p. 315).

²⁵⁵⁰ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1194, p. 846.

²⁵⁵¹ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1198, p. 848.

²⁵⁵² WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1198, p. 848.

²⁵⁵³ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1196, p. 847.

²⁵⁵⁴ Remissão para WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Secunda*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1742, Cap. II, § 136, p. 130: “*Dominium continet & proprietatem, & jus utendi, & jus fruendi*”. O “*jus utendi*” era definido no § 135 de *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, II, cit., Cap. II, § 135, pp. 129-130, como o direito de dispor da coisa como se entendesse (“*Jus disponendi de quolibet rei usu pro arbitrio suo dicimus Jus utendi...*”).

²⁵⁵⁵ Como o *dominium* abrangia os direitos de uso e de fruição, dele estavam excluídas todas as pessoas sob cujo *dominium* a *res* não estava (“*Quoniam dominium plenum continet proprietatem & jus rem utendi fruendi (...), dominium vero omnes eodem jure excludit, in quorum dominio res non est...*”): WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, II, cit., Cap. II, § 138, p. 131.

²⁵⁵⁶ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1202, p. 850.

²⁵⁵⁷ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1213, p. 857.

ao “*dominium rei*”, a *merces* paga pelo uso também era equiparada ao *pretium*: quando o locatário pagava a *merces* como correspectivo do uso, estava a ser efectuada a *datio* de um preço como contrapartida de uma *res* (“*Etenim si jus utendi re (...) alterius consideretur tanquam dominium rei, usus scilicet (...) & merces tanquam ejus pretium; in locatione conductione, cum locator transferat in conductorem jus utendi (§. 1202.) & conductor solvat mercedem (...) datur pretium pro re ...*”)²⁵⁵⁸.

Na verdade, prosseguia o filósofo, perante a *datio* do preço (com o qual a *merces* se identificaria) como correspectivo de uma *res*, verificava-se um contrato de compra e venda (“*Enimvero quando datur pretium pro re, contractus emtio venditio est...*”)²⁵⁵⁹. Assim, observar-se-ia para a *locatio conductio* o mesmo que para a compra e venda (“*Quamobrem locatio conductio spectari potest tanquam emtio venditio...*”)²⁵⁶⁰, de tal modo que o locador vendia e o locatário comprava o *rei usum* (“*... in locatione conductione locator vendit, conductor emit rei usum ...*”)²⁵⁶¹.

Transpondo estes pressupostos para a questão da transmissão do direito do locador, WOLFF concluía que, como qualquer titular de um direito, o *conductor* não podia ser dele privado; concomitantemente, e também em obediência aos princípios gerais, o *locator* não poderia libertar-se das obrigações que assumira. Por isso, a locação não cessava se a *res* locada fosse vendida, a não ser que o contrário tivesse sido convencionado: “*Quonian itaque jus utendi, quod in eum transtulit, auferre nequit invito (...)*²⁵⁶² *nec ab obligatione sua se pro lubitu liberare potest locator (...)*²⁵⁶³ *si res non fuerit locata sub ea conditione, ut statim cesset locatio, ubi ea vendita fuerit (...)* *naturaliter locatio non finitur, quando res conducta venditur...*”²⁵⁶⁴.

Admitia-se que o *locator* procedesse ao despejo se providenciasse uma *res* semelhante e igualmente cómoda (“*Etenim locator obligatur conductori ad praestandum rei usum conventum (§. 1198), quod cum fiat, si ipsi loco rei conductae*

²⁵⁵⁸ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1213, p. 857.

²⁵⁵⁹ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1213, p. 857.

²⁵⁶⁰ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1213, p. 857.

²⁵⁶¹ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1214, p. 857.

Na recta final do período jusracionalista, KARL THEODOR GUTJAHR, *Entwurf des Naturrechts*, bey Gottfried Martini, Leipzig, 1799, § 95, p. 97, ainda apresentava a locação como “*a compra do gozo de uma coisa*” (“*Miethe is Kauf des Gebrauches eine Sache*”).

²⁵⁶² Neste ponto o Autor remete para o segundo tomo da obra (*Jus Naturae*, II, cit., Cap. II, § 336, p. 287), onde se apresenta a máxima “*Jus acquisitum nemo alteri invito auferre potest*”: não se pode ser privado por outrem dos direitos que se adquiriu.

²⁵⁶³ WOLFF faz aqui uma remissão para *Jus Naturae*, III, cit., Cap. IV, § 674, p. 465: ninguém podia por si próprio libertar-se daquilo a que se obrigou (“*Nemo ab obligatione sua seipsum liberare potest*”).

²⁵⁶⁴ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1225, p. 866.

praestet aliam similem & aequae commodam, ubi hoc faciat, quin rem conducta vendere (...) conductori auferre possit dubitandum non est)²⁵⁶⁵. Mas, como isso implicava uma rescisão do contrato, o *conductor* não tinha de o aceitar: “*Locator itaque ab obligatione sua liberatur & contractus rescindatur (...), si locator rem similem ac aequae commodam praestare velit, aut alium substituat aequae idoneum (...) conductor vero hoc acceptare nolit*”²⁵⁶⁶.

Em suma, de toda a exposição resultava que, ao partilhar a mesma natureza do *dominium* ao abrigo do qual foi constituído, o direito do locatário era um direito real (na terminologia actual, um direito real limitado)²⁵⁶⁷ e, portanto, oponível *erga omnes* – inclusive ante um eventual transmissário do direito do locador.

A construção espelhou, deste modo, o sistema filosófico wolffiano, baseado nos “*fundamentos indisputáveis*” (“*unwidersprechlichen Gründen*”) que sustentariam inalteravelmente a ciência (a qual consistia, precisamente, na capacidade de a razão entender tais fundamentos: “... *die Wissenschaft eine Fertigkeit des Verstandes verstehe, alles, was man behauptet, aus unwidersprechlichen Gründen unumstößlich darzuthun*”)²⁵⁶⁸. Os “*fundamentos inalteráveis*” eram constituídos por “definições” (“*Erklärungen*” – conceitos claros e pormenorizados – e, por isso, já adquiridos – que pertenciam apenas a uma espécie de assunto e que em todos os tempos e lugares se distinguiam dos outros; seria graças a eles que as questões eram deixadas claras, pois permitiam que fossem identificadas²⁵⁶⁹), “*axiomas*” (“*Grund-Sätze*”, que consistiam nas conclusões que se deduziam das definições²⁵⁷⁰) e “*explicações claras*” (“*klare Erfahrungen*”, os conhecimentos adquiridos pelos sentidos²⁵⁷¹): “*Da nun die*

²⁵⁶⁵ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1226, p. 866.

²⁵⁶⁶ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1228, p. 868.

²⁵⁶⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 179.

²⁵⁶⁸ CHRISTIAN WOLF, *Vernünfftige Gedancken von den Kräfften des menschlichen Verstandes und ihrem richtigen Gebrauche in Erkänntniß der Wahrheit*, Rengerischen Buchhandl., Halle im Magdeburgischen, 1754, Cap. 7, § 1, p. 144 (a obra é geralmente conhecida como *Deutsche Logik*). Vide SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, cit., p. 171.

²⁵⁶⁹ “*Wenn ein deutlicher Begriff ausführlich, das ist (...), so beschaffen ist, daß er nicht mehrern Dingen als von einer Art zukommet, und sie daher durch ihn von allen andern ihres gleichen zu allen Zeiten können unterschieden werden; so nenne ich ihn eine Erklärung, weil er mir nemlich die Sache kalr macht, daß ich sie erkennen kan...*” – WOLFF, *Vernünfftige Gedancken*, cit., Cap. I, § 36, p. 44.

²⁵⁷⁰ “*Die Erwegung-Sätze, welche aus einer Erklärung hergeleitet werden, nenne ich Grund-Sätze...*” (WOLFF, *Vernünfftige Gedancken*, cit., Cap. 3, § 13, p. 78). Cf. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, cit., p. 171.

²⁵⁷¹ “*Wir erfahren alles desjenige, was wir erkennen, wenn wir auf unsere Empfindungen acht haben*” (WOLFF, *Vernünfftige Gedancken*, cit., Cap. 5, § 1, p. 110).

*Erklärungen, die Grund-Sätze und klare Erfahrungen unumstößliche Gründe sind...*²⁵⁷².

Ou seja, da “definição” de *locatio* (contrato pelo qual o locador se obrigava a conceder o uso de uma coisa mediante o pagamento de uma *merces*) deduziam-se dois “axiomas”: a transferência de um direito de gozo favor do locatário e a natureza *erga omnes* desse direito, pois fora transmitido pelo *dominus*²⁵⁷³.

Contudo, como aponta JAN SCHRÖDER²⁵⁷⁴, a dedução assentava num raciocínio falacioso: WOLFF partia, sem mais, do pressuposto de que o direito do *conductor* tinha carácter absoluto, ao mesmo tempo que aceitava a definição romana de *locatio conductio*, o que constituía uma contradição nos termos, pois à luz do *ius romanum* o locatário era titular de um direito puramente obrigacional.

No fundo, era a consequência da impraticabilidade de atingir a essência do Direito (que se identificaria o direito natural, baseado na natureza dos homens e das coisas, imutável e necessário²⁵⁷⁵) partindo do direito positivo, já que ambos eram vistos como realidades separadas e que até constituiriam pólos opostos²⁵⁷⁶. Na verdade, o encadeamento de elos argumentativos implicava, em algum momento, um cruzamento entre os dados *a priori* e os dados *a posteriori* que acabava por revelar contradições lógicas entre o direito romano e o direito natural²⁵⁷⁷, como as que ressaltavam do exemplo examinado.

O carácter falacioso da argumentação adensava-se quando se analisa a *reductio* da locação à compra e venda. Para a sustentar, WOLFF invocava D.19,2,2, fragmento onde GAIUS assinalava as grandes semelhanças entre a *locatio* e a *emptio venditio*: “*Hanc reductionem locationis conductionis ad emtionem venditionem insinuat Gajus [D.19,2,2]*”²⁵⁷⁸. Mas, como facilmente se percebe do texto romano, nunca aí foi feita

²⁵⁷² WOLFF, *Vernünfftige Gedancken*, cit., Cap. 7, § 1, p. 144. Vide, novamente, SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, cit., p. 171.

²⁵⁷³ Cf. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, cit., p. 171.

²⁵⁷⁴ *Recht als Wissenschaft*, cit., p. 171.

²⁵⁷⁵ Assim, WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, cit., § 40, p. 21: “*Quoniam lex naturae rationem sufficientem in ipsa hominis rerumque natura habet (...), ideoque obligationem naturalem continent (...), haec autem immutabilis e necessaria est (...), lex etiam naturae immutabilis et necessaria est*” (como a lei natural tem a sua razão suficiente na natureza dos homens e das coisas, ela contém uma obrigação natural que é imutável e necessária e, por isso, a lei natural é imutável e necessária). Cf. CLAES PETERSON, *Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtslehre des 18. Jahrhunderts*, in “Quaderni Fiorentini”, 1992, p. 27.

²⁵⁷⁶ PETERSON, *Rechtsvereinheitlichung*, cit., p. 29.

²⁵⁷⁷ PETERSON, *Rechtsvereinheitlichung*, cit., p. 29.

²⁵⁷⁸ WOLFF, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, IV, cit., Cap. IV, § 1213, p. 857.

uma identificação entre os contratos²⁵⁷⁹. Pelo contrário, GAIUS distinguia com nitidez os seus pressupostos: se paguei trezentos ao ourives pelos anéis que ele fez com ouro seu, tratar-se-á de uma compra e venda; se o ouro era meu, não restam dúvidas de que há *locatio* (“... *Ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit*” – D.19,2,2,1).

Acresce que, como vimos, o jurisconsulto jusracionalista apresentava a locação como um acordo de troca de prestações²⁵⁸⁰, ao passo que a compra e venda, segundo a sua teoria (no seguimento de GRÓCIO e, menos claramente, de PUFENDORF)²⁵⁸¹, tinha eficácia real, transferindo-se o direito de propriedade por mero efeito do contrato²⁵⁸². Isto é, avolumava-se a contradição nos termos ínsita à recondução da *locatio* à *emptio venditio* e a concomitante tentativa de a primeira gerar efeitos reais.

Se WOLFF conseguiu, desta feita, ultrapassar a dicotomia entre o direito comum e o direito natural (que tão presente estava nas análises de TITIUS, REMER ou GERHARD) e integrou o direito romano num sistema jusnaturalista²⁵⁸³, não é menos verdade que o fez com menoscabo de regras lógicas fundamentais (apesar da sua pretensão de construir um sistema jurídico de base lógico-científica!) e revelando as deficiências do seu pensamento jusracionalista²⁵⁸⁴. Na realidade, o objectivo subjacente era o de alcançar um resultado contrário ao direito comum e que era bem conhecido,

²⁵⁷⁹ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 178, nota 63.

²⁵⁸⁰ Neste sentido, KLAUS LUIG, *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff*, in “Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wieacker”, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1991 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998; seguiremos a paginação desta versão), p. 309.

²⁵⁸¹ Sobre o ponto remete-se para VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu*, cit., p. 52, nota 51, que se estende, na parte em apreço, até à p. 56. Como já se examinou (*supra*, I.4.3), com base no mesmo estudo do Autor, a solução tinha raízes no direito romano pós-clássico.

²⁵⁸² Vide, com desenvolvimentos, LUIG, *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff*, cit., pp. 300-301, e VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu*, cit., pp. 56-57, nota 51 da p. 52.

²⁵⁸³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 177-178.

²⁵⁸⁴ Assim, SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, cit., p. 171, que se refere ao “Defizite des Wolffschen Naturrechtsdenkens”. Ainda no século XIX, LEVY MARIA JORDÃO, *A Philosophia do Direito em Portugal*, III, in “O Instituto”, I, 1853, p. 33, criticava no sistema de WOLFF a “... fôrma monotona de proposições mathematicas, fôrma sem fructo para as sciencias moraes, que não operando sobre quantidades, raras vezes chegam a resultados incontestaveis”.

pois já fora prescrito por diversos *iura propria*: preservar a posição do locatário, ainda que ante uma transmissão do direito do locador sobre a *res*.

Sem embargo, a influência wolffiana sentiu-se intensamente na posterior doutrina do direito natural racionalista²⁵⁸⁵.

Discípulo de WOLFF em Marburgo (e a quem, por isso, foi negada a “*venia legendi*” em Leipzig)²⁵⁸⁶, JOHANN JUSTIN SCHIERSCHMID defendeu o mesmo resultado quanto à sucessão a título singular. Mas fê-lo, ao contrário do seu mestre, com base numa concepção obrigacional de *locatio* (“*Locatio conductio (...) Translatio usus ex re provenientis translationem rei nobis propriae non involuit*”²⁵⁸⁷; “*Locatio conductio rerum non est titulus dominium transferendi vel acquirendi habilis*”²⁵⁸⁸) e mediante a crítica da injustiça da regra do *ius commune*. Como contraponto, SCHIERSCHMID indicava com toda a clareza que o seu padrão de justiça era, *in casu*, o direito neerlandês (“*Unde recte in Hollandia, Flandria, sub hac hypothesis dicere solent: Huyr gunt voor koop. [D.19,2,25,1] huic sententia faveat*”)²⁵⁸⁹. Ao mesmo tempo, aproveitava o ensejo para criticar o direito vigente no seu país, afirmando que desconhecia a razão para o contrário (isto é, a solução romana) prevalecer na Alemanha (“*Quanquam nescio, qua ratione contrarium in Germania obtinere aiunt*”)²⁵⁹⁰.

Numa dissertação de 1738, cujo moderador foi SCHIERSCHMID, JOHANN FRIEDRICH HEINRICH SEYFFERHELD considerou errado o direito romano e propôs-se demonstrar que, numa perspectiva de direito natural, a *locatio conductio* originava uma servidão a favor do *conductor* (“*Nihil a proposito nostro alieni me facturum existimavi, si errorem istum, quem in [C.4,65,9] veteris aevi Jurisconsulti admiserunt, exquisita Juris naturalis cognitione destituti, commonstrarem & adsererem, quod per locationem & conductionem conductori servitus constituatur*”)²⁵⁹¹.

²⁵⁸⁵ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 179 e ss..

²⁵⁸⁶ Cf. RODRICH STINTZING/ERNST LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III-1, cit., p. 273, e DETLEF DÖRING/MICHAEL SCHLOTT (org.), *Johann Christoph Gottscheds Briefwechsel. Historisch-kritische Ausgabe*, vol. 3 (1734-1735), Walter de Gruyter, Berlim, 2009, p. 50, nota 18.

²⁵⁸⁷ SCHIERSCHMID, *Elementa Juris Civilis ad Ductum Institutionum Justinianarum Methodo Scientifica Proposita*, Comissa Io. Andr. Bavero, Lipsiae & Hallae, 1735, Lib. III, Tit. V, § 61, p. 127.

²⁵⁸⁸ SCHIERSCHMID, *Elementa*, cit., Lib. III, Tit. V, § 63, p. 128.

²⁵⁸⁹ SCHIERSCHMID, *Elementa*, cit., Lib. III, Tit. V, § 80, pp. 134-135.

²⁵⁹⁰ SCHIERSCHMID, *Elementa*, cit., Lib. III, Tit. V, § 80, p. 135.

²⁵⁹¹ *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, Literis Croekerianis, Ienae, Novembr. 1738, segunda página da introdução (não numerada, mas p. 4). Sobre este trabalho consulte-se também NETTELBLADT, *Von der Streitigkeit, welche über die Frage: Ob Kauf Mieth breche?*, cit., § 12 (mas § 13), pp. 545-546.

Tal como SCHIERSCHMID, SEYFFERHELD questionava os motivos que tinham levado à prevalência na Alemanha de leis romanas inteiramente repugnantes aos princípios do direito natural (“*Hinc in rationes jam antea inquirere animo constitui, qui factum, ut Romanarum legum conditores introduxerint legem Juris naturalis & civilis universalis principis plane repugnantem, &, quo fato nescio, atiam apud nos usu fori obtinuerit?*”)²⁵⁹², como a “duríssima” *constitutio* presente em C.4,65,9 e que o Autor pretendia estudar à luz dos princípios jusnaturalistas (“... *durissima* [C.4,65,9] *quam secundum juris naturalis & civilis universalis principia in praesentiarum examinare consultum duxi*”)²⁵⁹³.

A utilidade de uma *res* pertencia ao respectivo *dominus*, mas este podia transferir tal “*utilitas*” através de pacto; ora, essa transmissão pactícia originava a aquisição de um direito real cujo objecto era determinada utilidade de uma *res* alheia (“*Utilitas ex re externa alicui propria proveniens ad tò suum ejus seu domini pertinet (...)* *Hinc nullus dubitat, quin pactum, quo alter in nos determinatam ex re alteri propria externa singulari proveniente transtulit, efficiat, ut nos jus reale in re alienam externam quoad determinatam utilitatem nanciscamur*”), o que se traduziria numa servidão: “*Sed jus (reale) in rem alienam in determinatam utilitatem nobis competens dicitur servitus rerum*”²⁵⁹⁴.

Por seu turno, a *locatio conductio* era o contrato pelo qual se prometia a utilidade de uma *res* mediante o pagamento de uma quantia pecuniária (“*Locatio conductio rerum est contractus (consensualis) quo alteri determinatam utilitatem ex re nobis propria externa proveniente pro certa pecuniae summa promittimus*”)²⁵⁹⁵.

Estes dois vectores confluíam: como a *locatio* envolvia um “*pactum justum*” que permitia a transferência de determinada utilidade da coisa, aquele contrato teria a virtualidade de constituir uma servidão sobre a *res* (“*Ergo locatio conductio continet pactum jure naturali justum, quo alter determinatam utilitatem ex re sibi propria externa proveniente in nos transfert; Sed iustusmodi pactum efficit, ut nobis servitus in hancce rem conferatur, & est instar tituli naturalis servitutem in rem nobis*

²⁵⁹² SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § I, p. 5.

²⁵⁹³ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § I, p. 6.

²⁵⁹⁴ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § III, pp. 7-8.

²⁵⁹⁵ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § IV, p. 8.

constituendi)²⁵⁹⁶. A servidão constituída seria perpétua ou temporária consoante o que fosse determinado no *pactum* (“*Inde locatio conductio vel pactum temporarium vel perpetuum in se continet. Sed pacta temporaria in alterum jura temporaria, pacta autem perpetua jura alteri conferunt perpetua (...) Locatio igitur conductio temporaria alteri servitutum temporariam, perpetua vero alteri perpetuam confert servitutum...*”)²⁵⁹⁷.

Tendo um direito real, o *conductor* seria possuidor e, enquanto durasse a posse, podia reter a *res* (“*Conductor (...) secundum principia Juris naturalis servitutum temporariam ideoque jus reale accedente quasi traditione acquisivit. Verum is, qui jus quoddam reale in rem alienam corporalem acquisivit, rem, quam possidet, tandiu retinet...*”)²⁵⁹⁸; em consequência, segundo o direito natural, o comprador não só não poderia expulsar o locatário, como era este quem teria o direito de repelir eventuais despejos ilícitos, à semelhança do que acontecia na Holanda (“... *secundum juris naturalis principia minime emtor rei locatae conductorem expellit, potius vero hic jure emtorem repellendi gaudet: Id quod etiam in Batavia obtinere, docet nos tritum illud: Huyr gunt voor Koop*”)²⁵⁹⁹. Sublinhe-se que era trilhado, mais uma vez, um caminho que tinha um destino já conhecido e que se considerava preferível ao direito romano: o direito neerlandês.

Como corolário, SEYFFERHELD preconizava a prevalência do direito natural²⁶⁰⁰: nenhuma lei positiva poderia introduzir um elemento contrário àquele, o que já era sugerido pelo próprio direito romano na constituição imperial que nos chegou através de C.8,52,2 (“*Ideo, quia nulla lex civilis juri naturali externo contraria introduci potest, id quod & ipsum jus Romanum in [C.8,52,2], inculcavit*”)²⁶⁰¹. Mesmo os romanos, se tivessem percebido os princípios do direito natural, não teriam tido qualquer dúvida em mudar a solução (“*Ipsi romani, si principia Juris naturalis*

²⁵⁹⁶ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § IV, p. 8. É patente uma similitude com o método sistemático de WOLFF, como aponta GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 180.

²⁵⁹⁷ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § V, pp. 8-9.

²⁵⁹⁸ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § XXI, pp. 16-17.

²⁵⁹⁹ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § XXI, p. 17.

²⁶⁰⁰ Sobre o ponto, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 181.

²⁶⁰¹ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § XXI, p. 17. A referida *constitutio* foi promulgada pelo Imperador Constantino em 319 e determinava que a autoridade do costume praticado por longo tempo não era desprezável, mas não se sobrepunha à “razão” ou à lei (“*Consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*”).

distinctius perspexissent, procul dúbio suam hac in re nobis relictam dispositionem mutassent...)²⁶⁰². Assim, não seria aceitável que na Alemanha, onde o direito natural sempre levava a melhor, se tolerasse nos tribunais um costume repugnante aos ditames jusnaturalistas: “*Minime igitur laudi in Germania duci potest, cum apud nos jus naturalem palmam semper obtinuerit, in foris hancce juri naturali manifeste repugnantem consuetudinem adhuc tolerari*”²⁶⁰³.

Não se deixava de defender, ainda, que a constituição de uma hipoteca não era um meio de defesa adequado dos interesses do *conductor*: a hipoteca consistia num direito real assente numa condição, ao passo que o direito de servidão (também de natureza real) era puramente temporal e menos dependente da verificação de condições: “*Verum quoque jus reale, quod hypotheca constituitur, non firmitus jus mihi videtur, quam servitus rerum, quippe cum hypotheca tantum contineat jus reale conditioni superstructum; cum servitus rerum jus reale purum tempori quidem, minus autem conditioni adstrictum involvat*”²⁶⁰⁴.

Este filão dogmático seria aproveitado, igualmente, por JOACHIM GEORG VON DARJES, um dos mais representativos discípulos de WOLFF²⁶⁰⁵.

Segundo o jurisconsulto, a locação consistia no pacto bilateral pelo qual se prometia o uso de uma *res* em contrapartida de uma *merces* (“*Pactum bilaterale, quo quis usum rei suae pro certa mercede alteri promittit, dicitur locatio conductio rerum...*”)²⁶⁰⁶ e constituía um dos modos de aquisição derivada *inter vivos* de direitos reais (“*Modos acquirendi iura in re, et praesertim dominia, derivativos vivo priore domino*”)²⁶⁰⁷. O *conductor* não se tornaria proprietário, mas somente um usuário ou usufrutuário (“*Simul patet, conductorem non fieri rei translatae dominum (...), sed tantummodo usuarium vel usufructuarium...*”)²⁶⁰⁸, cujos direitos tinham por objecto a

²⁶⁰² SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § XXI, p. 17.

²⁶⁰³ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § XXI, p. 17. Era referido o costume porque, segundo expunha a dissertação de que curamos, a regra romana fora recebida por um *consuetudo* há muito praticado (“... *per consuetudinam diuturnam in Germania receptum esse, ut Juri Romano convenienter emtor rei locatae conductorem expellat...*”) – *últ. loc. cit.*

²⁶⁰⁴ SCHIERSCHMID/SEYFFERHELD, *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, cit., § XXII, p. 18.

²⁶⁰⁵ Cf., por exemplo, WIEACKER, *História*, cit., pp. 364-365, e WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 225.

²⁶⁰⁶ *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, editio quarta, Apud Christ. Henr. Cuno, Ienae, 1751, Parte Speciali, Sect. II, Cap. II, Tit. V, § 482, p. 254.

²⁶⁰⁷ Transcrição da epígrafe do citado título V.

²⁶⁰⁸ DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, cit., Parte Speciali, Sect. II, Cap. II, Tit. V, § 482, Cor. II, p. 254.

utilidade (não a substância) de *res* alheia e, por isso, eram qualificados como servidões (“*Nec usuarius nec usufructuarius habet ius, de ipsa rei substantia suo pro arbitrio disponendi. Sed iis tantummodo concessum est ius ex re alterius utilitatem (...) Concipimus ergo iura in re aliena ad utilitatem quandam alicui concessa, quae servitutes vocantur*”)²⁶⁰⁹. Algo que, como se expôs, já estava presente na construção de SEYFFERHELD.

Semelhante enquadramento encontrava-se intimamente ligado à distinção feita por DARJES entre “*dominium*” e “*dominii usu*”: durante a vigência da locação, o locador podia transmitir o *dominium*, mas não o respectivo *usum*, já transferido a favor do *conductor* (“*Locator stante locatione dominium rei locatae in alium transfere potest (...) Quum vero necesse sit, ut dominium a dominii usu distinguatur (...) consequens est, ex eo quod locator rei locatae dominium in alium transfere possit, non inferendum esse, locatori etiam ius, rei locatae dominium quoad usum in alium stante locatione transferendi*”)²⁶¹⁰. Deste modo, de acordo com o direito natural, o comprador estava obrigado a respeitar a locação anteriormente celebrada: “*Si rei locatae dominus huius rei dominium stante locatione in alium transtulit, emtor secundum naturale ius ad servandam locationem obligatus est*”²⁶¹¹.

Que a análise se movia num campo estritamente jusnaturalista era reforçado pelo reconhecimento de que, no foro civil, o direito do locatário tinha natureza meramente obrigacional e apenas seria protegido nos casos em que ao *conductor* fosse conferido um direito real sobre a *res*, como, por exemplo, quando sobre ela recaísse um penhor a seu favor (ou seja, a solução endossada, ainda que com diversos contornos, pela maioria dos juristas do *Usus Modernus Pandectarum*): “*Sed aequivoca iuris personalis significatio (...) effecit, ut principium illud naturale in foro civili a Doctoribus non nisi cum limitatione sit adplicandum (...) Distinguunt nimirum casum, quo conductor in re conducta ius reale quaesitum, v. gr. si conductori res conducta sit opignorata, a casu, quo eiusmodi ius conductori non quaesitum*”²⁶¹². Portanto, “[q]uoties conductori in re

²⁶⁰⁹ DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, cit., Parte Speciali, Sect. II, Cap. II, Tit. III, § 453, Cor. II, p. 234.

²⁶¹⁰ DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Privatae Romano-Germanicae*, Apud Christ. Henricus Cuno, Ienae, 1749, Pars Specialis, Sect. II (*De iure atque obligatione personali*), Cap. II (*De acquisitione iuris et obligationis personalis*), Tit. II (*De acquisitione iuris et obligationis personalis ex contractu*), Med. V (*De contractibus consensualibus*), § 318, p. 155.

²⁶¹¹ DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Privatae Romano-Germanicae*, cit., Pars Specialis, Sect. II, Cap. II, Tit. II, Med. V, § 319, p. 155.

²⁶¹² DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Privatae Romano-Germanicae*, cit., Pars Specialis, Sect. II, Cap. II, Tit. II, Med. V, § 320, p. 156.

*conducta ius reale quaesitum, toties emtor ipsi non praefertur*²⁶¹³ (quando era conferido ao locatário um direito real sobre a *res* locada, o comprador não prevalecia).

A solução oposta à do *ius commune* foi-se consolidando nas obras dos cultores do direito natural racionalista. Citam-se GOTTFRIED ACHENWALL (a alienação da propriedade da *res* não afectava o direito do locatário enquanto não decorresse o prazo pelo qual fora celebrada a *locatio*: “*locator rem locatam tertio vendere et generalius alienare potest, conductori tamen ius suum ex hoc contractum quaesitum, utendi re ad certum finem, et si tempus certum adiectus, ad terminum conventum, tali alienatione auferre nequit*”)²⁶¹⁴, JOHANN CHRISTIAN CLAPROTH (“... *in diesem Contracte nicht die Sache selbst, sondern der Gebrauch derselben (...) auf den andern übertragen werden. Man hat gefragt, wenn der Verpächter die verpachtete Sache während der Pachtzeit verkauffet, ob der Käuffer den Pächter so fort auszutreiben berechtigt sey? Mich deucht, es ist unnatürlich so zu dencken*”: “*Neste contrato não é a própria coisa mas apenas o seu uso que é transferido. Pergunta-se se o comprador está legitimado a despejar o arrendatário quando a coisa arrendada é vendida enquanto decorre o prazo do arrendamento. Parece-me que tal é contrário ao direito natural*”)²⁶¹⁵, HÖPFNER (que também se limitava a afirmar que “*Kauf bricht nach dem Naturrecht nicht Mieth*”)²⁶¹⁶, KARL HEINRICH HEYDENREICH (cuja originalidade não era maior: a venda não prejudicava os direitos daquele a quem a coisa fora cedida e, pelo contrário, o vendedor apenas a devia entregar depois do decurso do prazo; em consequência, a compra não rompia a locação)²⁶¹⁷ e, com visível influxo das concepções de WOLFF, o Professor austríaco KARL ANTON VON MARTINI²⁶¹⁸.

²⁶¹³ DARJES, *Institutiones Iurisprudentiae Privatae Romano-Germanicae*, cit., Pars Specialis, Sect. II, Cap. II, Tit. II, Med. V, § 320, p. 156.

²⁶¹⁴ ACHENWALL, *Ius Naturae in Usum Auditorum*, I, editio septima, Sumtibus Victorini Bossigellii, Gottingae, 1774, § 217, p. 191.

²⁶¹⁵ *Grundriss des Rechts der Natur*, Bey Joh. Wilh. Schmidt, Univ. Buchhändler, Göttingen, 1749, § 260, p. 178.

²⁶¹⁶ *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*, 5ª edição, bei Johann Christian Krieger dem jüngern, Gießen, 1790, § 94, p. 88.

²⁶¹⁷ “*Verkauft der Promittent während dieser Zeit die Sache, so vernichtet diess keinesweges das Recht desienigen, dem sie geliehen worden, vielmehr darf der Promittent die Sache dem Käufer erst nach Ablauf iener Zeit wirklich übergeben. Zu folge dieses Satzes bricht, nach dem Naturrechte, Kauf nicht Mieth*” – HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, 2ª parte, bey Johann Gottlob Feind, Leipzig, 1795, pp. 124-125.

²⁶¹⁸ A importância de MARTINI no ensino do direito em Portugal já era assinalada por LEVY MARIA JORDÃO, *A Philosophia do Direito em Portugal*, III, cit., p. 33: “*O tractado de Martini, involvido na velha metaphysica Wolfiana e em subtilizas escolasticas, foi o compendio de direito natural, que na Universidade de Coimbra serviu de base ao ensino d’esta sciencia ate ao fim do anno lectivo de 1843 para 1844...*”.

Segundo MARTINI, através do contrato de locação prestava-se o uso de uma *res* infungível, como contrapartida de uma *merces* (“*Locatio conductio est, contractus de rei non fungibilis, usu (...) pro certa pecuniae quantitate, sive mercede, praestandi*”)²⁶¹⁹. O *usus*, juntamente com o *ususfructus*, era apresentado como uma parte do direito de propriedade, na modalidade de servidão, que o proprietário estava adstrito a tolerar e a não perturbar (“...*jus, vi cujus dominus aliquid in re sua pati vel non facere teneatur, servitus, veluti usus, aut ususfructus...*”)²⁶²⁰.

Ora, se o locador não podia despejar antecipadamente o arrendatário porque estava obrigado a prestar-lhe o uso da *res*²⁶²¹, também não podia transmitir ao comprador semelhante direito: “*Si locatorem locatam vendat, non plus juris im emtorem transfert, quam ipse habuit, igitur emtor conductorem non potest ante tempus excludere*”²⁶²². A regra *nemo plus iuris* voltava a emergir como esteio da argumentação contrária à solução romana.

Nome cimeiro do jusnaturalismo em Portugal, VICENTE FERRER NETO PAIVA abandonou no seu ensino em Coimbra as directrizes wolffianas legadas através do manual de MARTINI²⁶²³. Não obstante, o seu contributo não diferiu da linha de pensamento daqueles Autores e endossou-se a opção contrária à do direito romano, com o fundamento de que o locador não podia transmitir mais direitos do que aqueles que tinha e, pelo contrário, transmitia um direito já onerado (embora se ressalvasse estipulação contratual oposta): “*Se o locador vender a coisa arrendada, o locador não pôde expulsar o conductor antes de findar o tempo do contracto; porque o locador não*

²⁶¹⁹ MARTINI, *De Lege Naturalis Positiones*, Typis Ioann. Thom. nobilis de Trattnern, sac. caes. reg. aulae typogr. et bibliop., Viennae, 1778, Cap. XIX, DXXXVI, p. 167.

²⁶²⁰ MARTINI, *De Lege Naturalis Positiones*, cit., Cap. XIV, CCCCXXXVI, p. 135. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 184-185.

²⁶²¹ Cf., *infra*, II.2.4.

²⁶²² MARTINI, *De Lege Naturalis Positiones*, cit., Cap. XIX, DXXXVII, p. 167.

²⁶²³ A propósito de VICENTE FERRER NETO PAIVA, nomeadamente o seu papel nos estudos jusracionalistas no nosso País e as contradições advenientes da sua tentativa de conciliação dos pensamentos krausista e kantiano, cf., por exemplo, LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Subsídios Para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*, 2ª edição, Imprensa Académica, Coimbra, 1938, pp. 41 e ss., e *O Liberalismo de Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886). A Época, o Homem, o Filósofo, o Jurista e o Político*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Os «Elementos de Direito Natural» de Vicente Ferrer Neto Paiva*, in “*Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 337 e ss., MÁRIO REIS MARQUES, *O Krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva*, in BFDUC, 1990, pp. 1 e ss., os estudos contidos em AA.VV., “Vicente Ferrer Neto Paiva. No Segundo Centenário do seu Nascimento, a Convocação do Krausismo”, *STVDIA IVRIDICA*, nº 45, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, ZÍLIA OSÓRIO DE CASTRO, *Cultura e Ideias do Liberalismo*, in “Lusitania Sacra”, 2000, pp. 32 e ss., e RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *Eça de Queirós, a Europa e a Faculdade de Direito de Coimbra no séc. XIX*, in “*Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*”, 2002, nº 1, pp. 140-141.

podia pela venda transferir mais direito do que tinha. Portanto o locador já recebeu a coisa com o onus do arrendamento, e com as obrigações, que pesavam sobre o vendedor: *excepto se o locador tinha no arrendamento reservado o direito para poder ser expulso o conductor no caso de venda; mas deverá indemnizal-o do prejuizo*²⁶²⁴.

Estudar-se-á no próximo ponto a defesa, por KANT, de que “*Kauf bricht Mieth*”. Todavia, mesmo juristas e filósofos de influência kantiana acabariam por preferir a regra do direito comum²⁶²⁵, como sucedeu, aliás, com FERRER NETO PAIVA. Note-se que alguns trataram do problema ainda antes de KANT o ter feito.

GOTTLIEB HUFELAND formulou a máxima, decorrente do direito natural, de que a venda não prejudicava a locação: “*Kauf bricht nach dem Naturrecht nicht Mieth*”²⁶²⁶. O Estado deveria determinar essa regra, o que significaria que os contratos de locação só seriam celebrados sob a condição de a coisa não ser vendida (“... *der Staat darf dies bestimmen; denn er sagt hier in der That weiter nichts, als dass jeder Miethcontract im Staate nicht anders geschlossen werden solle, als unter der Bedingung, dass die gemiethete Sache nicht verkauft werde*”)²⁶²⁷.

Outros Autores cujos trabalhos reflectiram o pensamento do filósofo de Königsberg seguiram o mesmo rumo, como JOHANN HEINRICH ABICHT (enquanto o contrato de locação estivesse em vigor, a coisa não devia ser vendida causando prejuízo ao locatário, pois era o locador quem deveria suportar a perda dos benefícios que esperava obter com a venda da sua propriedade, quer em virtude de caso fortuito, quer em consequência das obrigações que assumiu por contrato: “*Was, und auf so lang man etwas vermiethet, das und auf die Zeit darf man es nicht so verkaufen, daß der Miethsmann darunter Schaden leidet; – der Meithsherr leidet den Verlust des Gewinns, den e raus dem Verkauf seines Eigenthums hätte ziehen können, entweder als Zufall, oder als Folge seines durch seine Schuld, geschlossenen unbestimmten Vertrags*”²⁶²⁸), JOHANN GOTTLIEB BUHLE (para quem “*Kauf bricht die Mieth nicht*”)²⁶²⁹ e KARL

²⁶²⁴ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural Segundo o Estado Actual da Sciencia Principalmente em Allemanha*, tomo II, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1856, §§ 537-538, pp. 154-155.

²⁶²⁵ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 185-186, que seguiremos.

²⁶²⁶ *Lehrsätze des Naturrechts unde der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen*, 2ª edição, Frankfurt/Leipzig, 1795, § 641, 2, p. 307.

²⁶²⁷ HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., § 641, 2, p. 307.

²⁶²⁸ ABICHT, *Neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts*, bey Johann Andreas Lübecks Erben, Bayreuth, 1792, § 178, nota 1, p. 288.

²⁶²⁹ *Lehrbuch des Naturrechts*, bey Johann Georg Rosenbusch, Göttingen, 1798, n° 204, p. 146. Sobre a filiação kantiana de BUHLE, cf. MONIKA CLASS, *Coleridge and Kantian Ideas in England*,

HEINRICH GROS, jurista “*de inspiração mais ou menos rigorosamente kantiana*”²⁶³⁰ que pressupunha, tal como KANT, a natureza pessoal do direito do locatário mas, ao invés, preconizava a sua inatacabilidade pelo comprador da coisa locada: desde logo, “*Kauf bricht Miete*” não era aceite pelo direito natural porque ao próprio locador não era lícito cessar o contrato antes de decorrido o período fixado e, portanto, não podia transmitir ao comprador um direito que não tinha (“*Der Satz: Kauf bricht Miethe, gilt nicht nach dem Naturrecht; denn der Verkäufer kann seinem Miethmanne selbst nicht vor geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache entziehen, mithin die Befugniss dazu auch nicht auf den Käufer übertragen*”)²⁶³¹. Por outro lado, como ambos os direitos podiam ser exercidos em simultâneo e o do locatário fora adquirido primeiramente, não se colocava um problema de colisão de direitos (“*Es trifft zwar das Recht des Miethers und das Recht des Käufers in ebendenselben Gegenstande zusammen; da aber beide Rechte neben einander ausgeübt werden können, und jenes früher erworben ist, als dieses*”)²⁶³². Na verdade, o direito de reivindicação do proprietário não se basearia, segundo os princípios gerais, numa prevalência dos direitos reais sobre os pessoais, uma vez que para o direito natural nenhum direito seria mais forte ou mais fraco do que os outros (“*... denn dieses Recht [Vindicationsrecht] beruht nach all gemeinen Grundsätzen nicht auf einem Vorzug des dinglichen Rechts vor dem persönlichen, da von Natur kein Recht stärker oder schwächer ist, als das andere*”)²⁶³³. Em conclusão, sem lei positiva seria inaceitável que “*Kauf bricht Miete*”: “*... ohne positives Gesetz nicht angenommen werden kann, dass Kauf bricht Miete*”²⁶³⁴.

Apesar do influxo kantiano que recebeu²⁶³⁵, FRANZ VON ZEILLER seguiu a orientação de MARTINI, de quem foi discípulo e sucessor na Universidade de Viena. O locador podia alienar a propriedade coisa locada, mas o direito de propriedade estava limitado pela própria locação: o direito do locatário revestia-se de natureza real e, tendo eficácia absoluta, era oponível ao adquirente da propriedade limitada da *res*. Desta feita,

1796-1817. Coleridge's Responses to German Philosophy, Bloomsbury Academic, Londres/Nova Iorque, 2012, p. 130.

²⁶³⁰ Transcreve-se JOSÉ LAMEGO, «Facticidade» e «Validade» do Direito: a Matriz da Filosofia do Direito Crítico-Transcendental, in “Kant: Posteridade e Actualidade. Colóquio Internacional”, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2006, p. 604.

²⁶³¹ GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 6ª edição, Verlag der J. Cotta'schen Buchhandlung, Estugarda/Tübingen, 1841, § 215, nota 1, p. 85.

²⁶³² GROS, *Lehrbuch*, cit., § 215, nota 1, p. 85.

²⁶³³ GROS, *Lehrbuch*, cit., § 215, nota 1, p. 85.

²⁶³⁴ GROS, *Lehrbuch*, cit., § 215, nota 1, p. 85.

²⁶³⁵ Cf., por exemplo, WIEACKER, *História*, cit., p. 382, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 185, e JOSÉ LAMEGO, «Facticidade» e «Validade» do Direito, cit., p. 602 (que inclui ZEILLER e HUFELAND entre os “juristas filósofos (philosophische Rechtsgelehrte) de inspiração kantiana”).

segundo o direito natural, a compra não rompia a locação (“... *hat er noch immer das Recht, sein vorbehaltenes, obschon beschränktes (...), Eigentumsrecht auch während der Miethzeit zu veraußern (...)* Das, dem Miether in einer bestimmten Sache zugestandene, Recht ist als ein dingliches zu betrachten, welches gegen jedermann Statt sindet (...), mithin auch gegen denjenigen, der in der Zwischenzeit das (beschränkte) Eigentum erkauf hat. Nach dem Naturrechte bricht also der Kauf die Miethe nicht”)²⁶³⁶. Assinalava-se a opinião diversa de KANT²⁶³⁷.

Argumentação semelhante era exposta por LAZARUS BENDAVID, filósofo, matemático, pedagogo e um dos mais importantes seguidores e estudiosos de KANT²⁶³⁸. O locatário não era proprietário da substância da coisa locada, mas sê-lo-ia do seu gozo, o que lhe atribuiria um direito real e, portanto, oponível *erga omnes*: “*Erhält nun gleich der Miethmann kein Eigentumsrecht auf die Substanz der Sache, so wird er doch Eigenthümer von dem Gebrauche derselben; und da er von der Benutzung dieses Gebrauchs, als Eigenthümer jedermann ausschließen kann, so ist kein Recht auf diesen Gebrauch kein bloß persönliches, sondern ein dingliches Recht*”²⁶³⁹. Assim, o direito de propriedade do locador sobre a substância da coisa não tinha qualquer prevalência sobre o direito de gozo já adquirido pelo locatário – pelo que era a locação que se sobrepunha à compra (“... *so kann dem dinglichen Rechte, das der Vermiether auf die Substanz hat, kein Vorzug vor dem dinglichen Rechte eingeräumt werden, das der Miethmann durch den Vertrag auf den Gebrauch der Substanz erwirbt. Miethe bricht daher den Kauf*”)²⁶⁴⁰.

2.3.2 – Defesa da solução romana da prevalência do direito do transmissário

Observou-se no ponto anterior que os grandes sistemáticos do direito natural anteriores a WOLFF não se pronunciaram sobre a sorte da posição do locatário após a sucessão a título singular no direito do locador. Mesmo THOMASIIUS, que mencionou o problema, evitou tomar posição sobre ele.

²⁶³⁶ ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, 3ª edição, bey Karl Ferdinand Beck, Viena, 1819, § 134, pp. 177-178.

²⁶³⁷ “Kant erkläret es für ein persönliches, welches dem dinglichen des Käufers nachstehen müsse”: ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, cit., § 134, p. 178, em nota.

²⁶³⁸ Cf., a propósito, LUDWIG GEIGER, *Bendavid, Lazarus*, in ADB, vol. 2, Duncker & Humblot, Leipzig, 1875, pp. 318-320.

²⁶³⁹ BENDAVID, *Versuch einer Rechtslehre*, bey C. Quien, Berlim, 1802, n° 301, p. 174.

²⁶⁴⁰ BENDAVID, *Versuch einer Rechtslehre*, cit., n° 301, a., p. 174.

Uma análise do tema deveu-se, sim, a JEAN BARBEYRAC, na sua anotação à célebre obra de PUFENDORF *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem* (que neste ponto usaremos na importante e muito divulgada tradução francesa, da responsabilidade do próprio BARBEYRAC)²⁶⁴¹.

BARBEYRAC preconizava que, tal como o proprietário nada podia prometer quanto a bens cujo usufruto pertencia a outrem, também não o podia fazer a respeito de um apartamento já arrendado enquanto não decorresse o prazo da locação (“... *un propriétaire ne peut rien promettre au sujet des biens dont l’usufruit appartient à quelque autre personne (...)* *Le maître d’une maison ne serait pas mieux fondé à promettre quelque appartement déjà loué, avant que le terme du locataire fût fini*”)²⁶⁴².

Mas, na verdade, não se inovou o que quer que fosse, dada a sanção que posteriormente se indicava: formulava-se a regra geral de que o locador tinha a obrigação de permitir à contraparte o gozo da coisa até ao final do período convencionado, proclamando-se que, quando o proprietário da casa a quisesse vender, a locação não era posta em causa, uma vez que o direito natural impunha ao locador o dever de indemnizar o locatário pelos danos causados (“*Ajouter que le bailleur doit laisser au preneur la chose louée jusqu’au tems du bail expire (...)* *Mais si le maître d’une maison veut la vendre (...)* *le bail n’est rompu (...)* *à en juger par le droit naturel tout seul, indépendamment des lois et des conventions particulières, qu’à la charge que le bailleur dédommage le preneur...*”)²⁶⁴³.

Ora, tal mais não era do que o direito romano²⁶⁴⁴ exposto gongoricamente: a consequência de um despejo antecipado pelo comprador acabava por ser uma indemnização por mero equivalente a que ficava adstrito o locador.

Não foi caso isolado. Vários Autores de extracção jusnaturalista apresentaram a solução romana sem questionar a sua validade²⁶⁴⁵. A longa tradição, de raiz medieval, de encarar o *ius romanum* como uma *ratio scripta*²⁶⁴⁶ estava longe de se esvanecer, pelo

²⁶⁴¹ *Les Devoirs de l’ Homme et du Citoyen Tels qu’il lui Son Prescrits par la Loi Naturelle*, traduit du latin par J. BARBEYRAC, avec tout ses notes, nouvelle édition, Tome Premier, Chez Delestre-Boulage, Paris, 1822. Sobre esta tradução e o seu papel na divulgação dos postulados jusracionalistas, especialmente em França, cf., por exemplo, CAVANNA, *Storia*, I, cit., p. 343.

²⁶⁴² BARBEYRAC, nota 1 a PUFENDORF, *Les Devoirs de l’ Homme et du Citoyen*, cit., Liv. I, Cap. IX, § XIX, p. 320.

²⁶⁴³ BARBEYRAC, nota 1 a PUFENDORF, *Les Devoirs de l’ Homme et du Citoyen*, cit., Liv. I, Cap. XV, § X, II, p. 411.

²⁶⁴⁴ Como indica GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., 171.

²⁶⁴⁵ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 186-188.

²⁶⁴⁶ As Ordenações Manuelinas (OM 2,5 pr.) justificavam o recurso subsidiário ao direito romano, precisamente, com a sua autoridade intrínseca (“... *as quaes Leys Imperiales Mandamos guardar*

menos nos seus resultados²⁶⁴⁷. O pensamento de LEIBNIZ (que verificara a identificação do direito romano com a *ratio scripta* quando não tivesse valor de lei: “...les pays ou les loix Romaines ne sont pas considerées comme des loix, mais seulement comme la raison écrite”²⁶⁴⁸) ilustrava-o perfeitamente²⁶⁴⁹.

somente pela boa razão em que são fundadas”), o que em simultâneo afirmava a isenção de Portugal de uma “*Iurisdictio imperii*”. No mesmo sentido, OF 3,64 pr. (“As quaes Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas”).

Sobre a questão do direito romano como *ratio*, também intimamente ligada à legitimação do direito comum como direito subsidiário do *ius proprium*, cf., por exemplo, SCHULZ, *I Principi del Diritto Romano*, cit., p. 31, WALTHER HUG, *The History of Comparative Law*, in “Harvard Law Review”, 1932, p. 1037, PAULO MERÊA, *Direito Romano, Direito Comum e Boa Razão*, in BFDUC, 1939-1940, pp. 539-543, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Portugal e a Iurisdictio Imperii*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, 1964, pp. 334 e ss., GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, in “Revista Portuguesa de História”, Homenagem ao Doutor Paulo Merêa, Volume III, 1974, pp. 245-246 e 259-264, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 287 e 348, REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho Romano y Cultura Europea*, in “Revista de Derecho Privado”, 2010, p. 28, e ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, pp. 133 e 275.

²⁶⁴⁷ Em pleno século XIX, VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., § 437, p. 75, ainda zurzia o jusnaturalismo de MARTINI e dos juristas do seu tempo pelo alegado apego excessivo ao direito romano (criticava-se, *in casu*, a utilização do texto constante de D.37,12,2 como direito natural): “Martini cita no fim do §. [D.37,12,2]. Nada temos com o que dispoz o Direito Romano, que não é principio de demonstração na Sciencia do Direito Natural. Esta citação prova, que Martini não soube emancipar-se do fanatismo pelo Direito Romano, que dominava os Jurisconsultos no seu tempo, e que devemos ficar de cautela contra as suas doutrinas; pois mais d’uma vez veremos, que Martini nos dá, como de Direito Natural, as disposições das leis romanas, ainda quando não são conformes á boa razão, e repugnantes ás Leis da Natureza”.

²⁶⁴⁸ Neste sentido, a sua recensão a *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel*, de DOMAT, in GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, *Textes Inédits d’Après les Manuscrits de la Bibliothèque Provinciale de Hanovre*, publicado e anotado por GASTON GRUA, vol. II, Presses Universitaires de France, Paris, 1948, p. 652.

²⁶⁴⁹ Na obra em que propunha uma revisão sistemática do direito civil vigente (*Ratio Corporis Iuris Reconcinandi*, de 1668 – in “Operum”, Tomi Quarti Pars Tertia, continens opuscula ad jurisprudentiam pertinentia, Apud Fratres de Tournes, Genevae, 1768, pp. 235 e ss.), LEIBNIZ apontava os vícios do direito romano, que apresentaria redundâncias, um carácter lacunoso, falta de clareza e desordem (“*Juri Romano objiciuntur haec VITIA: Superfluitas, defectus, obscuritas, confusio*” – *Ratio Corporis Iuris Reconcinandi*, cit., § 7, p. 235). Mas o Autor reconhecia que ele fora espontaneamente recebido – juntamente com o direito canónico – na generalidade da Europa como direito comum e quase-direito das gentes cristão, aplicável nos reinos, regiões, províncias e lugares onde a lei régia, os estatutos locais ou o costume não o tivessem derogado: “*Utrumque habet per Europam fere totam, spontanea quadam receptione vim Juris Communis, & quasi jurisgentium Christianarum; ut valeat quatenus ei speciali Regni, Regionis, Provinciae, loci alicujus Rege, Statuto, vel Consuetudine non est derogatum*” (*Ratio Corporis Iuris Reconcinandi*, cit., § 2, p. 235). Deste modo, a sua autoridade era tal que, sem uma completa mudança do estado de coisas jurídico, não podia ser afastado, embora os seus vícios pudessem e devessem ser removidos (“*Ideo Juris Romani autoritas sine totali Rei Juridicae Mutatione tolli non potest; tolli tamen Vitia ejus & possunt & debent*” – *Ratio Corporis Iuris Reconcinandi*, cit., § 5, p. 235). Consulte-se, em especial, HANS-PETER SCHNEIDER, *Justitia Universalis. Quellenstudien zur Geschichte des “christlichen Naturrechts” bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1967, p. 53.

Numa carta escrita a HOBBS em Julho de 1670, LEIBNIZ declarava que se chegaria às mesmas conclusões do direito romano apenas com base nos postulados do direito natural e informava, além disso, que há quatro anos projectava condensar no menor número de palavras possível os “*elementa iuris*” do *Corpus* romano (o que se faria à semelhança do *Edictum Perpetuum*) para, partindo deles, demonstrar as leis universais; a tarefa seria dificultada pelos *rescripta* dos Imperadores, que não constituiriam direito natural, mas teria a vantagem de metade do direito romano ser puro direito natural utilizável na Europa: “*Cum enim observarem Jctos Romanos incredibili subtilitate, ac dicendi ratione*

luculenta Tuaeque valde simili sua quae in Pandectis conservata sunt, responsa condidisse; cum cernerem magnam eorum partem ex mero naturae jure pene demonstrando collectam, reliqua ex principiis non multis, quanquam arbitrariis, plerumque tamen ex usu Reipublicae sumtis eadem certitudine deducta; igitur cum primum in Jurisprudencia pedem posui jam a quadriennio circiter consilia agitavi, qua ratione paucissimis verbis (ad modum veteris Edicti perpetui) Elementa Juris ejus quod Romano Corpore continetur condi possint, ex quibus deinde liceat leges ejus universas velut demonstrare. Quanquam autem multa intercedent, praesertim in Imperatorum rescriptis meri juris naturalis non futura; haec tamen luculenter a caeteris discernentur, et reliquorum multitudine pensabuntur. Praesertim cum asserere ausim dimidiam Juris Romani partem meri juris naturalis esse, et constet totam pene Europam eo jure uti, cum ei diserte locorum consuetudine derogatum non est” (cf. GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, *Sämtliche Schriften und Briefe*, Herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Zweite Reihe, *Philosophischer Briefwechsel*, Erster Band (1663-1685), Herausgegeben von der Leibniz-Forschungsstelle der Universität Münster, 2ª edição, Akademie Verlag, 2006, pp. 90-91).

Já numa carta de 6/16 de Abril de 1670, desta feita dirigida ao teólogo protestante neerlandês LAMBERT VAN VELTHUYSEN (1622-1685), LEIBNIZ escrevera: metade do Digesto era direito natural que os jurisconsultos romanos haviam exposto e demonstrado com um rigor digno de Euclides, de tal modo que mesmo as leis romanas que não constituíam direito natural deviam ser tidas em consideração quando combinadas com as que o eram (“*Quando exploratum est prope dimidiam partem Digestorum juris naturalis esse, atque plerasque propositiones ab Jurisconsultis Romanis tanta subtilitate demonstratas, ut cum Euclide certare possint, reliquae leges Juris romani, etsi non naturalis Juris, tamen aliarum legum cum naturali jure combinatorum consequentiae haberi debent*” – LEIBNIZ, *Sämtliche Schriften und Briefe*, cit., p. 63).

Tendo como destinatário HEINRICH ERNST KESTNER (jurista alemão e Professor na Universidade de Rinteln, que viveu entre 1671 e 1723), numa epístola datada de 1 de Julho de 1716, dia em que completou 70 anos (e a escassos quatro meses da sua morte), LEIBNIZ reafirmou a perfeição do direito romano (após as obras dos grandes mestres de geometria, nada se lhe podia comparar em vigor e profundidade: “...*post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tantum profunditatis*”), cujos jurisconsultos haviam sido os que melhor entenderam o direito natural (como se a *recta ratio* por eles falasse: “... *adeo omnium idem stylus videtur, tanquam ipsa recta ratio per horum virorum ora loqueretur (...)* *Nec upsiam Juris Naturalis praeclare exculsi uberiore vestigia deprehendas*”) e ao qual se reconhecia autoridade não como lei, mas como razão: “...*veterum legum corpus apud nos habeat vim non legis, sed rationis...*” (GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, *XV Epistolae ad Henricum Ernestum Kestnerum Juris in Academia Rintelensi Professorem*, in “*Operum*”, Tomi Quarti Pars Tertia, continens opuscula ad jurisprudentiam pertinentia, Apud Fratres de Tournes, Genevae, 1768, *Epistola XV*, n.ºs II e IV, pp. 267-269).

Ademais, os três *iuris praecepta* do direito romano (“*honeste vivere*”, “*alterum non laedere*” e “*suum cuique tribuere*” – cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., pp. 12-13, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I*, cit., pp. 30-31) eram tomados pelo filósofo (que cita expressamente o fragmento de ULPIANUS que os contém – D.1,1,10,1) como princípios de justiça natural e eterna (embora ampliando o seu sentido e adaptando o “*honeste vivere*” a um “*pie vivere*”: “*Ex his patet praecepta perpetui juris, quod et naturale appellamus, eadem esse cum legibus optimae rei publicae (...)* *Haec dictata terna sunt in universum pervulgata verbis, sed amplissimi sensus: Neminem laedere, suum cuique tribuere, pie vivere...*”), que visavam, respectivamente, a paz, a proporcionalidade e a salvação (“*Quorum primum est quietis, secundum commoditatis, tertium salutis*”). Consulte-se LEIBNIZ, *Initium Institutionem Juris Perpetui*, in GEORG MOLLAT, *Mittheilungen aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Verlag von H. Haessel, Leipzig, 1893, pp. 5-6.

“*Neminem laedere*” continha um princípio de justiça comutativa que visava prevenir conflitos e conservar a situação de cada um (“*Primo praecepto (...)* *Sic inter solutos bella, in civitate lites evitantur. Atque in hoc consistit justitia, quam commutativam vocant. Quae statum singulorum conservat...*”); “*suum cuique tribuere*” fundava-se na justiça distributiva, com a atribuição de recompensas ou castigos, aumentando ou diminuindo o “*status*” individual (“*Secundo continetur (...)* *justitiae distributivae. Quae agit etiam de praemiis et poenis, quibus augetur minuiturque singulorum status*”); os dois anteriores *praecepta* e os seus objectivos de tranquilidade e proporcionalidade eram insuficientes: superior a eles, “*pie vivere*” traduzia o amor a Deus, isto é, o supremo bem que prevalecia sobre tudo (“... *ambo praecepto tertio supremo cedente (...)* *Nec sufficit bene sese erga alios gerere tranquillitatis et commoditatis suae causa (...)* *Oportet ergo nos ita affectos esse, ut amor Dei, i. e. supremi boni omnibus aliis desideriiis praevaleat*”). Cf. LEIBNIZ, *Initium Institutionem Juris Perpetui*, cit., p. 6.

CASPAR ZIEGLER, jurista de inspiração grociana²⁶⁵⁰, tratou da matéria sem quaisquer novidades, dentro das balizas definidas pelo *ius commune*: invocava-se a opinião comum que negava a oponibilidade da *locatio* ao sucessor a título singular (“*An singularis successor locationi stare teneatur, quaeritur, & communis sententiae negat arg. [C.4,65,9] [D.19,2,25,1]...*”)²⁶⁵¹ e apenas se reconhecia ao arrendatário expulso o direito de exigir à contraparte uma indemnização por mero equivalente (“*Conductor autem a singulare successore expulsus (...) potest agere adversus locatorem vel ejus heredes omne interesse*”)²⁶⁵²; de outra banda, recusava-se que um juramento do *locator* vinculasse o comprador, dado o seu cariz puramente pessoal (“*Hoc enim juramentum stringere nequit emptorem, quo minus hic ex jure suo impugnare possit Locationem, Promissio aut juramentum stringit & afficit regulariter tantum personam, non res*”)²⁶⁵³, admitindo-se, tão-só, que essa vinculação fosse alcançada mediante a constituição de uma garantia que provesse o *conductor* de um direito real (“*Nisi hoc in casu etiam rem locatam, in securitatem contractus, conductori oppignoraverit (...) Sic enim Conductor Jus reale consequitur, quod rei etiam post alienationem inhaeret*”)²⁶⁵⁴. Nunca se convocava o direito natural para criticar a solução.

Sobre a visão de LEIBNIZ do direito romano e a sua tarefa de dele extrair os princípios de um sistema de direito natural, *vide, e.g.*, ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La Fijación del Derecho. Contribución al Estudio de su Concepto y de sus Clases y Condiciones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1977, p. 82; CAVANNA, *Storia*, I, p. 347; RÁMON MARTÍNEZ TAPIA, *Leibniz y la Ciencia Jurídica*, in “Anales de Derecho” (Universidad de Murcia), 1996, pp. 163 e ss.; PATRICK RILEY, *Leibniz’ Universal Jurisprudence: Justice as the Charity of the Wise*, Harvard University Press, 1996, pp. 200 e ss. e 267, e *Malebranch and Natural Law*, in T. J. HOCHSTRASSER/P. SCHRÖDER (ed.), “Early Modern Natural Law Theories. Context and Strategies in the Early Enlightenment”, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2003, pp. 64-6; CHRISTOPHER LOWELL JOHNS, *The Science of Right in Leibniz’s Practical Philosophy*, a Dissertation Presented to The Graduate School in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy in Philosophy, Stony Brook University, August 2007, pp. 104 e 132; ALBERTO ARTOSI/BERNARDO PIERI/GIOVANNI SARTOR, *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law. Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law*, Springer, Dordrecht/Heidelberg/Nova Iorque/Londres, 2013, pp. XVII e ss..

²⁶⁵⁰ Cf., por exemplo, SCHNEIDER, *Justitia Universalis*, cit., pp. 142 e ss., e CHRISTIAN VON BAR/PETER DOPFFEL (ed.), *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995, p. 561.

²⁶⁵¹ ZIEGLER, *Disceptationes Selectae Argumenti Varii, Ex Iurisprudentia Romano-Germanica Forensi*, Apud Ioannem Fridericum Braunium, Lipsiae, 1712, Thema XXXII, Cap. III (*De Singulari Successore*), Thes. III, p. 1055.

²⁶⁵² ZIEGLER, *Disceptationes Selectae*, cit., Thema XXXII, Cap. III (*De Singulari Successore*), Thes. IV, p. 1055.

²⁶⁵³ ZIEGLER, *Disceptationes Selectae*, cit., Thema XXXII, Cap. III (*De Singulari Successore*), Thes. IV, p. 1055.

²⁶⁵⁴ ZIEGLER, *Disceptationes Selectae*, Thema XXXII, cit., Cap. III (*De Singulari Successore*), Thes. IV, p. 1055.

SAMUEL RACHEL, outro seguidor de GRÓCIO²⁶⁵⁵, convergia na aceitação do direito romano, sem mais considerações. O sucessor a título singular não era parte legítima nas acções derivadas do contrato de locação (*“Actio locati conducti singularem successorem nihil attinet”*)²⁶⁵⁶, não estava adstrito a manter o locatário na detenção da *res* (*“Si quis igitur praedium alteri locatum emerit, locationi stare non tenetur. Hinc vulgo dicere solent, Kauff gehet vor Miete [C.4,65,9]”*)²⁶⁵⁷ e, se despejasse o *conductor*, era o locador quem tinha a obrigação de o indemnizar pelo *id quod interest* (*“Quod si conductor ergo ab emptore fuerit expulsus, locator isti tenetur ad id, quod interest”*)²⁶⁵⁸.

É certo que ZIEGLER e RACHEL pertenceram à fase inicial do jusnaturalismo racionalista, mas, vimo-lo oportunamente²⁶⁵⁹, cultores do direito natural como HEINRICH e SAMUEL VON COCCEJI apresentaram sem reservas o entendimento tradicional²⁶⁶⁰ – e até um discípulo de WOLFF como JOHANN ULRICH VON CRAMER²⁶⁶¹ não se desviou do *ius commune*.

CRAMER reafirmou que, ao contrário do sucessor a título universal, o sucessor a título singular (v.g., o comprador) não representava o antecessor e, por isso, a locação celebrada por este não o vinculava; ou seja, a venda prevalecia sobre a locação: *“Es fragt sich aber, ob dann auch der Successor singularis an Locationem Conductionem des Antecessoris gehalten seye? Der Successor singularis repräsentirt nicht die Person des Antecessoris, z. B. ein Käuffer, der titulo singulari, und nicht titulo universali hereditario die Sache von seinem Antecessore acquirir hat, darf also auch nicht, weil er seine Person nicht repräsentirt, sein Factum zu prästiren (...) Kauff geht vor*

²⁶⁵⁵ V.g., SCATTOLA, *Scientia Iuris and Ius Naturae*, cit., p. 20.

²⁶⁵⁶ RACHEL, *Institutionum Jurisprudentiae Libri Quatuor, Jus Universale & Romanum certa Methodo*, Impensis Johannis Sebastiani Riechelli, Typis Joachimi Reumanni, Kiloni & Francofurti, 1681, Lib. II, Tit. XLVI, nº XI, p. 381.

²⁶⁵⁷ RACHEL, *Institutionum Jurisprudentiae*, cit., Lib. II, Tit. XLVI, nº XI, p. 381.

²⁶⁵⁸ RACHEL, *Institutionum Jurisprudentiae*, cit., Lib. II, Tit. XLVI, nº XI, p. 381.

²⁶⁵⁹ *Supra*, II.1.2.5.4.

²⁶⁶⁰ Sobre a sua obra no âmbito do direito natural, KNUD HAAKONSSSEN, *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge University Press, Cambridge/Nova Iorque/Melbourne, 1996, pp. 60 e 135 e ss., e EDUARD GANS, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, editado por JOHANN BRAUN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 38 (quanto aos dois jurisconsultos); MICHAEL STOLLEIS, *Storia del Diritto Pubblico in Germania*, volume I, *Pubblicistica dell'Impero e Scienza di Polizia 1600-1800*, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffrè Editore, Milão, 2008, pp. 306-307 (a propósito de HEINRICH VON COCCEJI).

A adesão de SAMUEL VON COCCEJI a uma perspectiva eminentemente romanista perpassou o projecto de *Corporis Juris Fridericiani* e terá sido uma das causas do seu fracasso (WIEACKER, *História*, cit., pp. 372-373; WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit. pp. 251-252; STEIN, *Roman Law in European History*, cit., p. 112).

²⁶⁶¹ Acerca deste aspecto, vd. EMIL STEFFENHAGEN, *Cramer, Johann Ulrich Freiherr von*, in ADB, vol. IV, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1876, pp. 548-549.

Mieth”²⁶⁶². Antevendo-se uma possível crítica da injustiça da solução (uma vez que o vendedor celebrara anteriormente um contrato de locação), era oferecido em justificação o “*effectus domini*” que o vendedor também transmitia (“*Einige sagen: es wäre doch unbillig, es hätte doch der Verkäuffer vorher mit einem andern einen Contractum Locationis Conductionis errichtet. Allein deswegen ist er doch Herr geblieben, diese aber kan das Einige veräußern, denn das ist ein Effectus Domini, daß der Herr des Hauses es auch noch verkauffen kan*”)²⁶⁶³.

Isto é, “*Kauff geht vor Mieth*” não atentava contra a equidade, pois o direito de propriedade sobrepunha-se à vinculação contratual do transmitente. Era, na sua plenitude, a *ratio* que presidira ao direito romano.

Para CRAMER, sem qualquer inovação em relação à doutrina do *Usus Modernus*, o *conductor* apenas poderia garantir o cumprimento do contrato até ao final do prazo convencionado mediante a constituição de uma hipoteca, a qual criaria um ónus real sobre o prédio, que prevaleceria sobre o direito de subsequentes possuidores: “*Ein anders aber ist es, wenn es ausdrücklich zu dem Ende, oder in Aufhebung des Miethvertrags verpfändet worden seyn soll. Denn die Hypothek liegt auf dem Hause und ist ein Onus reale auf demselben, das auf jeden Besitzer übergeht*”²⁶⁶⁴.

Começando a sentir-se no campo jurídico os ventos historicistas, “[n]os finais do século XVIII, a disciplina do Direito natural era já quase exclusivamente cultivada por filósofos, sendo-o muito escassamente por juristas”²⁶⁶⁵. Justamente no crepúsculo de setecentos, um dos mais importantes rostos da filosofia moderna debruçou-se sobre a questão da transmissão a título singular do direito do locador: IMMANUEL KANT.

Nos seus *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (“*Elementos Metafísicos da Doutrina do Direito*”, que constituem a primeira parte de *Die Metaphysik der Sitten* – “*Metafísica dos Costumes*”), ao examinar o Direito Privado (parte I, respeitante às coisas externas que são minhas ou são de outrem, em geral – “*vom äußeren Mein und Dein überhaupt*”)²⁶⁶⁶, KANT tratou dos modos de aquisição do que é externo (Capítulo II – “*Von der Art etwas Aeußeres zu erwerben*”)²⁶⁶⁷.

²⁶⁶² CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre, wodurch dieselbe in ihrem natürlichen Zusammenhange vorgetragen*, vol. II, 2ª edição, Auf kosten Johann Konrad Wohlers, Ulm, 1784, Lib. III, Tit. XII, § 15, p. 161.

²⁶⁶³ CRAMER, *Academische Reden*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 15, p. 162.

²⁶⁶⁴ CRAMER, *Academische Reden*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 15, p. 162.

²⁶⁶⁵ JOSÉ LAMEGO, «*Facticidade*» e «*validade*» do Direito, cit., p. 605.

²⁶⁶⁶ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797, pp. 55 e ss..

²⁶⁶⁷ *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., §§ 10 e ss., pp. 76 e ss..

A aquisição das coisas externas que são minhas ou de outrem obedeceria às seguintes classificações (“*Eintheilung der Erwerbung des äußeren Mein Und Dein*”):

- 1) quanto à matéria (ao objecto), adquiriam-se coisas corpóreas (substância) ou uma prestação (causalidade) de outra pessoa (“*Der Materie (dem Objecte) nach erwerbe ich entweder eine körperliche Sache, (Substanz) oder die Leistung (Causalität) eines Anderen ...*”)²⁶⁶⁸;
- 2) quanto à forma (isto é, o modo de aquisição), surgiria ou um direito sobre uma coisa (“*ius reale*”) ou um direito pessoal (“*ius personale*”) (“*Der Form (Erwerbungsart) nach ist es Entweder ein Sachenrecht (ius reale) oder persönliches Recht (ius personale)...*”)²⁶⁶⁹;
- 3) quanto ao fundamento jurídico da aquisição (“*titulus*”), não se estaria no âmbito de uma divisão dos direitos, tratando-se, sim, de um aspecto do seu exercício; assim, os actos de aquisição do que é externo dividir-se-iam em actos de vontade unilateral (“*facto*”), bilateral (“*pacto*”) ou omnilateral (“*lege*”) (“*Nach dem Rechtsgrunde (“titulus”) der Erwerbung; welches eigentlich kein besonderes Glied der Eintheilung der Rechte, aber doch ein Moment der Art ihrer Ausübung ist: entweder durch den Act einer einseitigen, oder doppelseitigen, oder allseitigen Willkühr, wodurch etwas Aeußeres (facto, pacto, lege) erworben wirb*”)²⁶⁷⁰.

Assim, os direitos reais eram aqueles que podiam ser opostos a quaisquer possuidores da coisa, excluindo-os do seu uso (um “*ius contra quemlibet huius rei possessorem*”). Seria absurdo pensar na vinculação de uma pessoa para com uma coisa e vice-versa: em jogo estaria, na verdade, uma relação de uma pessoa face a todas as outras que, na sua condição civil, participavam numa posse comum (“*Die gewöhnliche Erklärung des Rechts in einer Sache (ius reale, ius in re) „es sey das Recht gegen jeden Besitzer derselben*” (...); “*Es ist also ungereimt, sich Verbindlichkeit einer Person gegen Sachen und umgekehrt zu denken (...)* Die Realdefinition würde daher so lauten müssen: *Das Recht in einer Sache ist ein Recht des Privatgebrauchs einer Sache, in deren (ursprünglichen, oder gestifteten) Gesamtbesitze ich mit allen andern bin. Denn*

²⁶⁶⁸ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 10, p. 79.

²⁶⁶⁹ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 10, p. 79.

²⁶⁷⁰ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 10, p. 80.

*das Letztere ist die einzige Bedingung, unter der es allein möglich ist, daß ich jeden anderen Besitzer vom Privatgebrauch der Sache ausschließe (ius contra quemlibet huius rei possessorem)”; “Es giebt also, eigentlich und buchstäblich verstanden, auch kein (directes) Recht in einer Sache, sondern nur dasjenige wird so genannt, was jemanden gegen eine Person zukommt, die mit allen Anderen (im bürgerlichen Zustande) im gemeinsamen Besitz ist”*²⁶⁷¹.

Já os direitos pessoais consistiriam na posse da vontade de outrem, ou seja, na capacidade da vontade do titular determinar a vontade de outrem realizar determinado acto (“*Der Besitz der Willkühr eines Anderen, als Vermögen sie, durch die meine, nach Freyheitsgesetzen zu einer gewissen That zu bestimmen*”)²⁶⁷². A aquisição de direitos alcançada através da determinação da actuação de outrem (determinação, note-se, que estivesse acordo com as leis de Direito [*“Rechtsgesetzen”*]²⁶⁷³), sendo derivada dessa pessoa, não podia advir de um acto negativo, como o abandono ou a renúncia, mas apenas de uma transmissão fundada numa vontade comum (“*Erwerbung durch die That eines Anderen, zu der ich diesen nach Rechtsgesetzen bestimme, ist also jederzeit von dem Seinen des Anderen abgeleitet, und diese Ableitung, als rechtlicher Act, kann nicht*

²⁶⁷¹ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 11, pp. 80-82. Sobre a concepção de posse comum, as suas raízes numa comunidade originária (ideia particularmente utilizada na filosofia política moderna, à qual KANT não atribuiu consistência empírica ou histórica mas, tão-só, técnico-jurídica) e o direito de uso privado como relação interpessoal derivada desses pressupostos, cf., por exemplo, RICARDO RIBEIRO TERRA, *A Doutrina Kantiana da Propriedade*, in “Discurso”, nº 14, 1983, pp. 125 e ss., especialmente 131 e ss., SIMONE GOYARD-FABRE, *La Philosophie du Droit de Kant*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1996, pp. 117 e ss., e AYLTON BARBIERI DURÃO, *O Direito Real de Kant*, in “Trans/Form/Ação”, vol. 33, nº 2, 2010, pp. 85 e ss.. Entre nós, HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais*, cit. pp. 47-48, dá nota da importância do pensamento kantiano como inspiração da teoria do carácter necessariamente intersubjectivo da relação jurídica (a pp. 54 e ss. procede-se a uma extensa crítica das concepções personalistas do *ius in re*).

²⁶⁷² KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 18, p. 96.

²⁶⁷³ Segundo KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 45, pp. 164-165, as “*Rechtsgesetzen*” regiam a *civitas* e consistiam em leis necessárias *a priori*, que procediam de conceitos externos de Direito e não de estatuto: “*Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. So fern diese als Gesetze a priori nothwendig, d.i. aus Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst folgend, (nicht statutarisch) sind...*”. “*Há, assim, uma diferença irreduzível entre o direito natural, que se baseia em princípios a priori da razão pura prático-jurídica, e o direito positivo (estatutário), que procede sempre da vontade fáctica de um legislador*” (nas palavras de ÓSCAR CUBO UGARTE, *Direito Natural e Direito Positivo em Kant e Fichte*, in “Revista Filosófica de Coimbra”, nº 41, Março de 2012, p. 286), sendo reconhecível uma intenção de separar a validade das normas legais da arbitrariedade do poder e permitindo-se, ao mesmo tempo, a crítica do Estado (neste sentido, HANS JÖRG SANDKÜHLER, *Kant – Recht und Staat in weltbürgerlicher Perspektive*, in “Diametros – An Online Journal of Philosophy”, 39, Março de 2014, p. 100).

Numa aplicação do conceito de “*Rechtsgesetzen*” à questão da propriedade, como “*as leis estatutárias não podem contrariar o direito natural*”, “[i]sso implica que as relações de propriedade estabelecidas no estado de natureza, por meio do postulado jurídico da razão prática, têm validade também no estado civil, pois aquele que age de acordo com a máxima da acção que me impede de ter como meu um objeto externo do meu arbítrio afronta a minha liberdade externa; como consequência, a legislação pública tão só assegura os direitos de propriedade, sem poder modificar a situação herdada do estado de natureza”: AYLTON BARBIERI DURÃO, *O Direito Real de Kant*, cit., p. 81.

durch diesen als einen negativen Act, nämlich der Verlassung, oder einer auf das Seine geschehenen Verzichtthung (*per derelictionem aut renunciationem*), geschehen, denn dadurch wird nur das Seine eines oder des Anderen aufgehoben, aber nichts erworben, – sondern allein durch Übertragung (*translatio*), welche nur durch einen gemeinschaftlichen Willen möglich ist...”)²⁶⁷⁴. O contrato constituía esse acto de união das vontades de duas pessoas, pelo qual o que pertence a uma era transferido a favor da outra (“*Der Act der vereinigten Willkühr zweyer Personen, wodurch überhaupt das Seine des Einen auf den Anderen übe geht, ist der Vertrag*”)²⁶⁷⁵.

Adquiria-se somente, à luz do contrato, a causalidade da vontade de outrem efectuar a prestação prometida, não uma coisa externa em si: adquiria-se a promessa de outrem, não o prometido. Portanto, o direito contratualmente constituído era meramente pessoal, oponível apenas contra a pessoa física cuja vontade ficou adstrita à prática de um acto, e não um direito real (“*Was ist aber das Aeußere, das ich durch den Wertrag erwerbe? Da es nur die Caussalität der Willruhr des Anderen in Ansehung einer mir versprochenen Leistung ist, so erwerbe ich dadurch unmittel bar nicht eine äußere Sache, sondern eine That desselben (...) Durch den Vertrag also erwerbe ich das Versprechen eines Anderen (nicht das Versprochene) (...) Dieses mein Recht aber ist nur ein persönliches, nämlich gegen eine bestimmte physische Person und zwar auf ihre Caussalität (ihre Willkühr) zu wirken, mir etwas zu leisten, nicht ein Sachenrecht...*”)²⁶⁷⁶. Um dos contratos era a *locatio conductio*²⁶⁷⁷.

Mediante estes pressupostos, KANT concluía que a compra rompia a locação (“*Kauf bricht Miethē*”), pois o direito (real) de propriedade do comprador prevalecia sobre um direito pessoal originado por contrato, sem prejuízo de um eventual direito de indemnização do locatário: “*Die Verwechselung des personlichen Rechts mit dem Sachenrecht ist noch in einem anderen, unter den Verdingungsvertrag gehorigen, Falle (...), nämlich dem der Einmiethung (ius incolatus), ein Stoff zu Streitigkeiten. — Es fragt sich nämlich: ist der Eigenthümer, wenn er sein an jemanden vermiethetes Haus*

²⁶⁷⁴ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 18, p. 97.

²⁶⁷⁵ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 18, p. 98.

²⁶⁷⁶ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 20, p. 101. Conclui-se, assim, que KANT apresentava o direito pessoal essencialmente como um direito contratual (GOYARD-FABRE, *La Philosophie du Droit de Kant*, cit., p. 131, e *La Signification du Contrat dans la « Doctrine du Droit » de Kant*, in “*Revue de Métaphysique et de Morale*”, Abril/Junho 1973, p. 198).

²⁶⁷⁷ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 31, p. 120. Não aprofundaremos a *divisio logica* classificatória dos contratos efectuada por KANT nesse parágrafo, uma vez que tal se mostra desnecessário ao nosso objecto de estudo. É suficiente ter em conta que essa classificação abrangia a locação de coisa.

(oder seinen Grund) vor Ablauf der Miethszeit an einen Anderen verkauft, verbunden, die Bedingung der fort dauernden Miethe dem Kaufcontracte beyzufügen, oder kann man sagen: Kauf bricht Miethe, (doch in einer durch den Gebrauch bestimmten Zeit der Aufkündigung)? — Im ersteren Fall hatte das Haus wirklich eine Belästigung (onus) auf sich liegend, ein Recht in dieser Sache, das der Miether sich an derselben (dem Hause) erworben hatte; welches auch wohl geschehen kann (durch Ingrossation des Miethscontracts auf das Haus), aber alsdenn kein bloßer Miethscontract seyn würde, sondern wozu noch ein anderer Vertrag (dazu sich nicht viel Vermiether verstehen würden) hinzukommen müßte. Also gilt der Satz: „Kauf bricht Miethe“, d. i. das volle Recht in einer Sache (das Eigenthum) überwiegt alles persönliche Recht, was mit ihm nicht zusammen bestehen kann; woben doch die Klage aus dem Grunde des letzteren dem Miether offen bleibt, ihn wegen des aus dir Zerreißung des Contracts entspringenden Nachtheils schadenfrey zu halten”²⁶⁷⁸ (“a confusão entre os direitos pessoais e os direitos sobre coisas constitui, ainda, matéria de disputa noutro caso: o do arrendamento de uma habitação. Pergunta-se, nomeadamente: se o proprietário arrendou uma casa (ou um terreno) e vende-a antes de decorrido o prazo da locação, está obrigado a apor ao contrato de compra e venda a condição de o arrendamento continuar? Ou pode afirmar-se que a compra rompe a locação [“Kauf bricht Miethe”], ainda que através de uma denúncia efectuada com um pré-aviso conforme aos usos? No primeiro caso, sobre a casa impenderia um ónus, um direito que o arrendatário adquirira sobre ela, o que pode acontecer através da inscrição do contrato de locação no registo; mas então já não seria um mero contrato de locação, tendo de ser adicionado outro contrato, algo com que poucos senhorios concordariam. Assim, é válido que Kauf bricht Miethe, isto é, um direito sobre uma coisa (a propriedade) prevalece sobre um direito pessoal que com ele seja incompatível; mas permanece em aberto a favor do locatário uma acção com fundamento nesse direito pessoal, para ser indemnizado pela ruptura do contrato”).

Uma conhecida recensão dos *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* atribuída a FRIEDRICH BOUTERWEK²⁶⁷⁹ não deixou incólume o tratamento kantiano da regra “Kauf bricht Miethe”. Examinemo-la.

²⁶⁷⁸ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 31, pp. 129-130.

²⁶⁷⁹ Sobre o ponto, cf. a tradução anotada da *Rechtslehre*, da responsabilidade de JOHN LADD: IMMANUEL KANT, *Metaphysical Elements of Justice: Part I of The Metaphysics of Morals*, 2ª edição, traduzido com introdução e notas de JOHN LADD, Hackett Publishing, Indianapolis/Cambridge, 1999, p. 164, nota 1.

Segundo a análise do Professor de Göttingen, a partir da página 129 (precisamente aquela onde se começa a tratar da nossa questão) o livro seria constituído por uma série sucessiva de paradoxos. Para KANT, de acordo com o direito natural, a compra devia romper a locação; se assim não fosse, recairia um ónus sobre a coisa locada e o locatário teria um direito real. Mas o recenseador perguntava criticamente: isso já não se verificava? O direito de uso não era também um direito real? (“*Aber von S. 129 an, fast durchgängig bis zu Ende des Buchs, folgt Paradoxon auf Paradoxon. Auch nach dem Naturrecht soll Kauf Miethe brechen. Denn sonst hätte durch eine Belästigung, die auf der Sache liegt, der Miether sich ein Jus in re erworben. (Hat er denn das nicht wirklich gethan? Ist denn das Recht des Gebrauchs nicht auch ein Jus in re?)*”)²⁶⁸⁰.

Perante as apreciações de BOUTERWEK, KANT aproveitou a segunda edição da *Rechtslehre* para introduzir um apêndice, onde teceu algumas considerações explicativas do que escrevera na edição anterior (“*Anhang erläuternder Bemerkungen zu den Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*”)²⁶⁸¹. Um dos pontos focados foi justamente “*Kauf bricht Miethe*”, a propósito da confusão entre direitos reais e direitos pessoais (“*Ueber die Verwechselung des dinglichen mit den persönlichen Rechte*”)²⁶⁸².

Dadas as acusações sofridas de heterodoxia em matéria de direito privado natural (“*Ferner ist mir als Heterodoxie im natürlichen Privatrechte auch der Satz: Kauf bricht Miethe (Rechtslehre § 31. S. 129) zur Rüge aufgestellt worden*”)²⁶⁸³, a argumentação do filósofo manteve a defesa daquela regra (coincidente com o direito romano), mas com alterações apreciáveis.

À primeira vista poderia parecer que um despejo antecipado era contraditório com o efeito vincutivo dos contratos²⁶⁸⁴ (“*Daß jemand die Miethe seines Hauses vor Ablauf der bedungenen Zeit der Einwohnung dem Miether aufkündigen und also gegen diesen, wie es scheint, sein Versprechen brechen könne, wenn er es nur zur*

Apesar de seguidor de KANT na juventude, BOUTERWEK veio a afastar-se do pensamento do filósofo de Königsberg: cf., por exemplo, SANDRA RICHTER, *A History of Poetics. German Scholarly Aesthetics and Poetics in International Context, 1770-1960*, Walter de Gruyter, 2010, p. 101.

²⁶⁸⁰ In “*Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen unter der Aufsicht der Königl. Gesellschaft der Wissenschaften*”, 28. Stück, den 18. Februar 1797, p. 274.

²⁶⁸¹ *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1798, pp. 159 e ss..

²⁶⁸² KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, p. 168.

²⁶⁸³ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, p. 168.

²⁶⁸⁴ Sobre o princípio *pacta sunt servanda* em KANT remete-se para GOYARD-FABRE, *La Philosophie du Droit de Kant*, cit., pp. 131-132.

gewöhnlichen Zeit des Verziehens in der dazu gewohnten bürgerlich=gesetzlichen Frist thut, scheint freilich beim ersten Anblick allen Rechten aus einem Verträge zu widerstreiten)²⁶⁸⁵. Mas se pudesse ser provado que o locatário sabia ou devia saber que o locador, na qualidade de proprietário, submetera a promessa a uma condição tácita de vigência apenas enquanto não vendesse a casa durante o período da locação ou de não a ter de entregar a credores em caso de insolvência, uma extinção antecipada não constituiria qualquer violação do contrato e do direito do arrendatário, pois a promessa, à luz da razão, era condicional (*“Wenn aber bewiesen werden kann, daß der Miether, da er seinen Miethscontract machte, wußte oder wissen mußte, daß das ihm gethane Versprechen des Vermiethers als Eigenthümers natürlicherweise (ohne daß es im Contract ausdrücklich gesagt werden durfte), also stillschweigend, an die Bedingung geknüpft war: wofern dieser sein Haus binnen dieser Zeit nicht verkaufen sollte (oder es bei einem etwa über ihn eintretenden Concurs seinen Gläubigern überlassen müßte): so hat dieser sein schon an sich der Vernunft nach bedingtes Versprechen nicht gebrochen, und der Miether ist durch die ihm vor der Miethszeit geschehene Aufkündigung an seinem Rechte nicht verkürzt worden*”)²⁶⁸⁶.

KANT reiterava, de seguida, o cerne da exposição da primeira edição: o arrendatário tinha um direito pessoal à prestação a efectuar por uma pessoa determinada (um *“ius ad rem”*), não um direito real oponível a qualquer possuidor da coisa (*“ius in re”*): *“Denn das Recht des letzteren aus dem Miethscontracte ist ein persönliches Recht auf das, was eine gewisse Person der anderen zu leisten hat (ius ad rem); nicht gegen jeden Besitzer der Sache (ius in re), ein dingliches”*²⁶⁸⁷.

Para contrariar essa situação, o arrendatário podia procurar uma garantia do próprio contrato de arrendamento, de molde a obter um direito real. Para tal, poderia inscrever no registo o seu direito sobre a casa, como que vinculando-o ao solo. Deste modo, o contrato não se extinguiria antes do decurso do período estabelecido, quer por denúncia do proprietário, quer pela morte ou insolvência deste (*“Nun konnte der Miether sich wohl in seinem Miethscontracte sichern und sich ein dingliches Recht am Hause verschaffen: er durfte nämlich diesen nur auf das Haus des Vermiethers, als am Grunde haftend, einschreiben (ingrossiren) lassen: alsdann konnte er durch keine*

²⁶⁸⁵ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, p. 168.

²⁶⁸⁶ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, pp. 168-169.

²⁶⁸⁷ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, p. 169.

Aufkündigung des Eigenthümers, selbst nicht durch dessen Tod (den natürlichen oder auch den bürgerlichen, den Bankrott) vor Ablauf der abgemachten Zeit aus der Miethe gesetzt werden)²⁶⁸⁸. Se o arrendatário não o desejasse, porque queria ter a liberdade de celebrar noutra sítio um arrendamento com melhores condições, ou o proprietário não quisesse arcar com tal ónus, concluía-se, no que respeita ao momento da cessação (dentro dos prazos determinados civilmente²⁶⁸⁹), que o contrato fora sujeito a uma condição tácita de extinção por conveniência das partes: *“Wenn er es nicht that, weil er etwa frei sein wollte, anderweitig eine Miethe auf bessere Bedingungen zu schließen, oder der Eigenthümer sein Haus nicht mit einem solchen onus belegt wissen wollte, so ist daraus zu schließen: daß ein jeder von beiden in Ansehung der Zeit der Aufkündigung (die bürgerlich bestimmte Frist zu derselben ausgenommen) einen stillschweigend=bedingten Contract gemacht zu haben sich bewußt war, ihn ihrer Convenienz nach wieder aufzulösen*”²⁶⁹⁰.

A possibilidade de a compra romper a locação era confirmada por certas consequências jurídicas dos meros²⁶⁹¹ contratos de arrendamento. Com a morte do arrendatário, os seus herdeiros não estavam obrigados a continuar o arrendamento, pois este constituía uma vinculação de uma pessoa determinada, que terminava com a sua morte (embora o período legal de pré-aviso de cessação devesse ser tido em conta). Tão-pouco podia o direito do arrendatário, como tal, ser transferido para o herdeiro sem um contrato específico e, bem assim, o locatário não podia, em vida dos contraentes, subarrendar sem autorização: *“Die Bestätigung der Befugniß, durch den Kauf Miethe zu brechen, zeigt sich auch an gewissen rechtlichen Folgerungen aus einem solchen nackten Miethscontracte; denn den Erben des Miethers, wenn dieser verstorben ist, wird doch nicht die Verbindlichkeit zugemuthet, die Miethe fortzusetzen: weil diese nur die Verbindlichkeit gegen eine gewisse Person ist, die mit dieser ihrem Tode aufhört (wobei doch die gesetzliche Zeit der Aufkündigung immer mit in Anschlag gebracht*

²⁶⁸⁸ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, p. 169.

²⁶⁸⁹ É notória a referência ao direito comum, mais concretamente ao prazo de pré-aviso de extinção pelo comprador, o que coincidia com a jurisprudência do *Obertribunals* de Wismar, que significativa parte do *Usus Modernus* seguiu (cf. MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633).

²⁶⁹⁰ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, p. 169.

²⁶⁹¹ A expressão usada, *“nackten”* (*“nus”*), tinha o mesmo sentido dos *“nuda pacta”* do direito romano: meros acordos de vontades, *“despidos”* de quaisquer outros elementos. KANT referia-se, neste caso, aos contratos de locação que, por vontade das partes, não produziam efeitos reais e, por isso, não eram inscritos no registo.

werden muß) Eben so wenig kann auch das Recht des Miethers, als eines solchen, auch auf seine Erben ohne einen besonderen Vertrag übergehen; so wie er auch beim Leben beider Theile ohne ausdrückliche Übereinkunft keinen Aftermieter zu setzen befugt ist”²⁶⁹².

Sobre análise da regra “Kauf bricht Miethē” por KANT recaíram juízos particularmente negativos.

OTTO FISCHER não se coibiu de a qualificar como algo que “*não é qualquer filosofia do direito, mas uma paráfrase diletante da então dogmática do direito comum*” (“*Das ist offenbar keine Rechtsphilosophie, sondern eine dilettantenhafte Paraphrase der damaligen gemeinrechtlichen Dogmatik*”), que seria, simultaneamente, um indício que confirmava as suspeitas de filósofos contemporâneos de que, ao tempo da *Rechtslehre*, KANT já revelaria sinais de senilidade (“*Die heutigen philosophen wollen denn auch, wie nach diese Probe begreiflich ist, in Kant’s Rechtslehre Spuren von Altersschwäche finden*”)²⁶⁹³.

GENIUS, notando a dureza da crítica de FISCHER, não deixa de lhe dar razão: KANT seria um diletante, pois nunca estudara disciplinas jurídicas; pelo contrário, separara o direito natural da ciência jurídica, limitando-se a uma visão filosófica do Direito. A sua argumentação consistiria num conjunto de afirmações apriorísticas e demonstrações meramente aparentes²⁶⁹⁴.

A conhecida tese da senilidade de KANT²⁶⁹⁵ já há muito que não é incontestada, não faltando quem defenda que as falhas de organização do texto da *Rechtslehre* foram imputáveis a problemas tipográficos²⁶⁹⁶. Tal como o rótulo do amadorismo jurídico, esse tipo de considerações *ad hominem* de pouco serve para uma análise científica²⁶⁹⁷ –

²⁶⁹² KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, cit., Apêndice, nº 4, pp. 169-170.

²⁶⁹³ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethē brechen?*, cit., p. 21.

²⁶⁹⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 184-185.

²⁶⁹⁵ Propugnada, por exemplo, por ARTHUR SCHOPENHAUER, *Ueber den Willen in der Natur, eine Erörterung der Bestätigungen, welche die Philosophie des Verfassers durch die empirischen Wissenschaften erhalten hat*, Verlag von Sigmund Schmerber, Frankfurt am Main, 1836, p. 118, que se referia à “*deplorável*” *Rechtslehre*, largamente escrita sob o efeito da senilidade (“*...seiner deplorablen Rechtslehre*” (...)) *ist der Einfluß der Altersschwäche überwiegend*”).

²⁶⁹⁶ Sobre a questão, remete-se para as informações fornecidas por JOHN LADD, na sua introdução a KANT, *Metaphysical Elements of Justice*, cit., p. lvi, e KATRIN FLIKSCHUH, *Kant and Modern Political Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 8-9 e 114.

²⁶⁹⁷ GIORGIO DEL VECCHIO, *História da Filosofia do Direito*, tradução de JOÃO BAPTISTA DA SILVA, Editora Líder, Belo Horizonte, 2006, p. 110, e SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, cit., pp. 50-51, assinalam a importância de KANT como um dos consolidadores do direito natural racionalista, apesar de não ser jurista de formação.

na qual interessam, acima de tudo, os pressupostos e os resultados apresentados pelo filósofo iluminista.

O âmago da exposição kantiana era, manifestamente, a distinção entre os direitos reais e os direitos pessoais (direitos de crédito). O que, como GENIUS não deixa de reconhecer, estava em plena consonância com o direito romano e constituía a base suficiente para uma construção jurídico-sistemática²⁶⁹⁸, embora o Autor questione se a concepção jusnaturalista de KANT não teria recebido mais ou menos acriticamente aquela dicotomia romana²⁶⁹⁹.

Na nossa opinião, a resposta reside na muito elevada admiração de KANT pelo direito romano, espelhada numa passagem da sua *Blomberg Logik*: “*Das corpus Juris ist gewiß der größte, und sicherste Beweis vom menschlichen Tiefsinn. Die Entdeckung der Pandecten aber zu Neapel im 11^{ten} Saeculo ist der beste Fund, welchen die Menschen nur ie unter den Büchern haben erlangen können*”²⁷⁰⁰ (“O Corpus Iuris é certamente a maior e mais segura prova de profundidade humana. A descoberta das Pandectas em Nápoles no século XI é o melhor achado que o ser humano podia ter alcançado entre os livros”)²⁷⁰¹.

O *ius romanum* assomava, assim, como a *ratio* a que tantas vezes recorreu a ciência do direito comum: recorde-se a equidade que o wolffiano CRAMER reconhecia à prevalência do *dominium* e que justificaria o despejo do arrendatário pelo comprador; não se esqueça, outrossim, o impressionante papel desempenhado pelo direito romano na construção teórica de LEIBNIZ. Não se vê qualquer motivo para que, quando se trata da obra kantiana, isso seja visto como uma postura acrítica ou intelectualmente inferior²⁷⁰². Além do mais, KANT conhecia perfeitamente as teorias jusnaturalistas modernas – que ensinou ao abrigo dos programas então vigentes nas Universidades alemãs²⁷⁰³ – e podia ter enveredado por elas.

²⁶⁹⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 185.

²⁶⁹⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 185, nota 118.

²⁷⁰⁰ Cf. IMMANUEL KANT, *Blomberg Logik*, in “Kant’s gesammelte Schriften”, herausgegeben von der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, vol. XXIV, Walter de Gruyter, Berlin, 1966, p. 181.

²⁷⁰¹ Vide a introdução de JOHN LADD a KANT, *Metaphysical Elements of Justice*, cit., p. xxi.

²⁷⁰² Pelo contrário, como indica JOHN LADD na introdução a KANT, *Metaphysical Elements of Justice*, cit., p. xxv, o direito romano proporcionou aos filósofos do Iluminismo uma alternativa a certos aspectos do *status quo* jurídico da época considerados contrários ao seu programa de reforma social (por exemplo, no que respeitava à condição da mulher). É certo que GENIUS se refere apenas à distinção entre direitos reais e direitos pessoais, mas aquela opção pelo direito romano, que estava longe de ser acrítica, torna implausível que houvesse noutras matérias um reflexo impensado ou pouco meditado de KANT.

²⁷⁰³ Cf. GOYARD-FABRE, *La Signification du Contrat dans la « Doctrine du Droit » de Kant*, cit., p. 190, nota 3.

A argumentação expendida na *Rechtslehre* encerra, de facto, pontos menos conseguidos. Pertencem, não por coincidência, ao apêndice da segunda edição, quando KANT quis fornecer explicações complementares, face às censuras de BOUTERWEK. O que não deixa de ser irónico, pois aquela recensão, embora confrontasse os argumentos kantianos com as concepções jusracionalistas da época²⁷⁰⁴, alicerçava-se em meras asserções não fundamentadas sobre a alegada natureza real do direito de uso²⁷⁰⁵. Mas a verdade é que, ao tentar rebatê-las, KANT acabou por recorrer a figuras dogmaticamente duvidosas.

Assim, a tentativa de estribar a máxima *Kauf bricht Miete* numa condição tácita foi não só supérflua ante a distinção já aceite entre direitos pessoais e reais²⁷⁰⁶, como entrou em contradição com o direito de indemnização do arrendatário pela extinção antecipada do contrato, algo que KANT aceitara na primeira edição²⁷⁰⁷. Mas, também neste caso, não se verificava uma singularidade digna de especial censura: como se analisará²⁷⁰⁸, vários Autores jusracionalistas²⁷⁰⁹ recorreram a uma vontade presumida das partes como alicerce das causas de extinção antecipada do contrato e, ainda assim, reconheceram ao locatário um direito de indemnização quando algumas delas se preenchessem.

Para GENIUS, a conversão do direito do arrendatário num direito real por força da sua inscrição no registo não passou de uma opinião isolada²⁷¹⁰. A sua finalidade,

²⁷⁰⁴ Assim, DIETHELM KLIPPEL, *Kant im Context. Der Naturrechtliche Diskurs um 1800*, in “Jahrbuch des Historischen Kollegs 2001”, Oldenbourg Verlag, 2002, p. 99.

²⁷⁰⁵ Um pouco mais desenvolvida foi a crítica constante de outra recensão, desta feita às “*erläuternder Bemerkungen zu den Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*” (que tiveram edição inicial autónoma – cf. KANT, *Metaphysical Elements of Justice*, cit., p. 164, nota 1, da responsabilidade de JOHN LADD), in “Juristische Literatur-Zeitung”, nº 10, November 1799, col. 77: a obrigação de não impedir o gozo da coisa vinculava não só o locador após a celebração do contrato, como todas as outras pessoas (“*Der Vermiether ist aber dem Miether an sich zu nichts verpflichtet, als ihn in dem Gebrauche der Sache die ihm vermietet ist nicht zu hindern (...) Iene erste Verbindlichkeit ist aber keinesweg eine Verbindlichkeit, die der Vermiether gegen der Miether, nach abgeschlossenem Miethskontrakt allein hatte; sondern jeder andere hat sie gleichfalls gegen ihn*”).

²⁷⁰⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 185.

²⁷⁰⁷ Neste sentido, LEO GELLER, *Die Mieth. Eine civilistische Studie*, in “Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart”, 1878, p. 314, nota 1, e, na sua esteira, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 185. Na já citada recensão, TIEDEMANN (in “Neue allgemeine deutsche Bibliothek”, cit., p. 99) afirmava que uma condição tácita não podia contrariar o que fora expressamente determinado, sob pena de nenhum contrato ser válido (“...*eine stillschweigende Bedingung kann der ausdrücklichen nicht widersprechen, sonst würde kein Vertrag Gultigkeit haben können...*”).

²⁷⁰⁸ *Infra*, II.2.4.

²⁷⁰⁹ KANT possuía na sua biblioteca pessoal um exemplar da obra fundamental de um desses Autores, BURLAMAQUI: vd. CHRISTIAN RITTER, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971, p. 32.

²⁷¹⁰ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 185. Em recensão à segunda edição da *Rechtslehre*, DIETRICH TIEDEMANN, in “Neue allgemeine deutsche Bibliothek”, vol. 49, 1800, p. 99, comentava, não sem uma ponta de sarcasmo: “*Gostávamos de saber como é que se poderia proceder ao registo sem*

porém, parece não andar muito distante do que os juristas do *ius commune* pretenderam com a aceitação e o desenvolvimento da construção bartolista da garantia hipotecária como meio de assegurar ao arrendatário a continuidade da respectiva posição após a alienação da *res*. Também aí se visava, não obstante a patente insustentabilidade dogmática, a criação de um instrumento pelo qual os contraentes atribuíssem eficácia real à locação. Cremos ser sintomático que na *Rechtslehre* se refira, a propósito, uma garantia do direito do arrendatário fundada no contrato (“... *in seinem Miethscontracte sichern...*”). E não se esqueça que o ABGB veio a consagrar solução semelhante²⁷¹¹.

KANT pressupôs o direito romano como parte das raízes do direito natural²⁷¹², algo que, como é evidente, não implicava que estivesse senil ou fosse movido por mera vaguidade diletante. Não cometeu petições de princípio, como WOLFF, apesar de argumentos de pouca consistência jurídica que utilizou (vício em que jurisconsultos de reconhecida valia também incorreram) em aspectos que, no fundo, eram marginais. Não merece, pois, os labéus que lhe foram dirigidos.

Seguidor de KANT²⁷¹³, DANIEL CHRISTOPH REIDENITZ expunha que a regra *Kauf bricht Mieth* não era uma mera criação do direito positivo: a opinião contrária decorria de uma confusão entre direitos pessoais e direitos reais (“*Die Rechtsregel: Kauf bricht Mieth, ist daher keine bloß Erfindung des positiven Recht, und die entgegengesetzte Behauptung beruhet auf einer Verwechslung des persönlichen mit dem dinglichen Rechte*”)²⁷¹⁴.

que com isso, e contra a natureza do contrato, seja concedida ao arrendatário a propriedade” (“*Wie die Ingrossirung auf das Hause lauten würde ohne daß dadurch dem Miethesmanne ein Eigenthum auf dasselbe ganz gegen die Natur des Mieth=Contracts gegeben würde, möchten wir gern wissen*”).

²⁷¹¹ Cf., *infra*, II.3.4.4.

²⁷¹² Outro exemplo do romanismo de KANT, e mais uma vez no sentido oposto ao propugnado pelos principais nomes das correntes jusracionaisistas (a propósito das quais se remete para VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, cit., pp. 52-57, nota 51 da p. 52), foi a defesa de que o direito de propriedade não podia ser transferido por mero efeito do contrato, exigindo-se a entrega da coisa: como a promessa se concretizava numa prestação e o prometido consistia numa coisa, esta tinha de ser alcançada através de um acto pelo qual o promitente colocasse o promissário na sua posse, isto é, através da entrega (“*Denn alles Versprechen geht auf eine Lei stung, und wenn das Versprochene eine Sache ist, kann jene nicht anders errichtet werden, als durch einen Act, wodurch der Promissar vom Promittenten in den Besitz derselben gesetzt wird; d. i. durch die Uebergabe*”). O direito nascido de um contrato era puramente pessoal e apenas pela *traditio* se tornava real (“... *das Recht aus einem Vertrage nur ein persönliches, und wird nur durch die Tradition ein dingliches Recht*”). Cf. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 21, p. 103.

Longe de revelar senectude, a exposição é marcada por uma total coerência entre as noções de direito pessoal e contrato e as consequências que delas são retiradas. Observa esta congruência GOYARD-FABRE, *La Philosophie du Droit de Kant*, cit., pp. 134-135; como afirma a Autora (*La Signification du Contrat dans la « Doctrine du Droit » de Kant*, cit., pp. 201-202), a *traditio* era um efeito do contrato, que não se confundia com a sua essência e não a podia alterar.

²⁷¹³ KLIPPEL, *Kant im Context*, cit., p. 102.

²⁷¹⁴ REIDENITZ, *Naturrecht*, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1803, § 65, pp. 74-75.

2.4 – A extinção do contrato pelo locador

Um importante contributo para a configuração do elenco de fundamentos de extinção antecipada do contrato foi dado pela corrente jusracionalista, neste ponto protagonizada (e com papel pioneiro) por WOLFF.

Na verdade, seguidores de GRÓCIO e PUFENDORF como BARBEYRAC ou JEAN-JACQUES BURLAMAQUI²⁷¹⁵ continuaram a expor a matéria da cessação antecipada do contrato nos moldes prevaletentes no *ius commune*, embora apresentassem os quatro motivos de expulsão já nossos conhecidos como situações que as partes presumivelmente excepcionariam se as tivessem previsto. Simultaneamente, reconheciam ao locatário um direito de indemnização pelos despejos baseados na necessidade de reparações ou para uso do senhorio²⁷¹⁶. Apesar de BURLAMAQUI invocar a constituição de Antonino Caracala (C.4,65,3), é patente que se tentava ancorar na vontade presumida das partes a velha dogmática romana, num exercício mais ao gosto de uma “dedução exhaustiva de axiomas básicos”²⁷¹⁷ (e que, neste caso, partia do princípio da autonomia da vontade).

A mesma ideia estava presente em REMER, que justificava a cessação (“*renunciatio*”) com a imprevisão, ao tempo da conclusão do contrato, de determinadas circunstâncias carecidas de tutela: “... *locatorem ad hunc inopinatum casum tempore contractus non cogitasse, hinc expressione indigentiae exigunt. Sed haec renunciatio sufficere poterat...*”²⁷¹⁸. De toda a explanação do Autor é visível que, na prática, se acabava por endossar a doutrina do direito comum – de tal modo que, perante uma

²⁷¹⁵ Sobre BARBEYRAC e BURLAMAQUI como dois dos “*numerosos jusnaturalistas que nos séculos XVII e XVIII se ativeram, mais ou menos estritamente, às doutrinas de Grócio, de Pufendorf, etc.*”, cf. DEL VECCHIO, *História*, cit., p. 97, nota 7.

²⁷¹⁶ BARBEYRAC, nota 1 a PUFENDORF, *Les Devoirs de l' Homme et du Citoyen*, cit., Liv. I, Cap. XV, § X, II, p. 411 (“*Ajouter que le bailleur doit laisser au preneur la chose louée jusqu'au tems du bail expiré, à moins qu'il ne survienne quelque cas qu'on aurait vraisemblablement excepté si on l'eût prévu; comme si le preneur ne paie pas la rente pendant un tems considerable, s'il ruine la maison, ou qu'il en use d'une manière à faire craindre le feu, ou qu'il y fasse ou y souffre quelque commerce illicite; et en tout ces cas-là, le propriétaire peut chasser le locataire purement et simplement. Mais si le maître d'une maison veut (...) faire de réparations nécessaires, ou qu'il en ait besoin lui-même pour y loger, le bail n'est rompu; à en juger par le droit naturel tout seul, indépendamment des lois et des conventions particulières, qu'à la charge que le bailleur dédommage le preneur ...*”); BURLAMAQUI, *Éléments du Droit Naturel*, ouvrage posthume, publié complet par la première fois, Chez François Grasset & Comp., Libraires et Imprimeurs, Lausanne, 1775, III Partie, Chap. XII, § 3, 4º, pp. 222-223 (“*Il doit laisser jouir le locataire jusqu'au tems du bail expiré, à moins qu'il ne survienne quelque cas qui est censé excepté, comme si le locataire ne payoit pas le loyer, s'il se comportoit mal, qu'il ruine la chose, ou qu'il s'en servit d'une manière illicite et contraire aux bonnes moeurs, ou que le maître en eut besoin lui-même par des circonstances imprévues, ou qu'il fallût y faire des réparations indispensables pour la conserver. Mais dans ces deux derniers cas le propriétaire est obligé de dédommager le locataire [C.4,65,3]*”).

²⁷¹⁷ Utilizamos a expressão de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 392.

²⁷¹⁸ REMER, *Tractatus de Vero Ex Iure Romano*, cit., *Sectio Secunda*, Cap. II, § 57, p. 312.

alegada lacuna do direito estatutário de Hamburgo, era apontada como solução aplicável a rescisão por necessidade do locador (*“Et Hamburgi videtur locator hoc modo ob indigentiam propriam contractum rescindere posse, cum de hac re in Statuto nihil dispositum est”*)²⁷¹⁹.

Em sentido equivalente, CRAMER admitia o despejo antecipado em situações tacitamente excluídas do contrato (*“Bisweillen kann auch der Locator den Conductorem vor Endigung der Miethzeit vertreiben, nämlich in den Fällen, welche er beym Contract stillschweigend ausgenommen hat”*)²⁷²⁰, nomeadamente quando o locador necessitava da coisa (*“... er selbst seine Sache nöthig hat...”*)²⁷²¹.

Oferecia-se um exemplo: Mevius tinha duas casas, uma que arrendou a Sempronius e outra que conservou para si; a última acabava por arder, o que conduzia a que Mevius precisasse de usar a casa que arrendara. Tal consistiria numa circunstância tacitamente excepcionada – se Mevius soubesse que ia necessitar de usar a casa, não a teria arrendado (*“Z. B. Mevius hat Zwey häuser, er vermiethet eines dem Sempronius, das andre aber behälte er für sich, sein haus brennt ihm ab (...) Den Fall hat er stillschweigend ausgenommen, den er hat nur dem Conductori eingeräumt, sein Haus so lange zu gebrauchen, als bis er es selbst nicht brauchen wird. Hätte er gewußt, daß er selbst brauchen würde, so hätte er es nicht vermiethet”*)²⁷²².

O arrendatário tinha, contudo, um direito, à luz do contrato, do qual não poderia ser privado de modo absoluto, o que CRAMER acautelava com a fixação de um prazo de seis ou sete semanas que lhe permitisse encontrar nova habitação: *“... er hat doch bisher aus dem Vertrag ein erlangtes Recht gehab, und kann daher so schlechterdings nicht darum gebracht werden (...) Es kann derselbe eine Frist ungefähr von sechs oder sieben Wochen ansetzen, da indessen die Miethsleute sich um eine andre Wohnung umsehen können”*²⁷²³.

Facilmente se conclui que não se inovava em relação ao *ius commune*, até porque, como se examinou, era exigido desde a Idade Média que a necessidade do senhorio fosse imprevista. Esta continuidade era reforçada pelo reconhecimento dos

²⁷¹⁹ REMER, *Tractatus de Vero Ex Iure Romano*, cit., *Sectio Secunda*, Cap. II, § 57, p. 313.

²⁷²⁰ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 156.

²⁷²¹ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 156.

²⁷²² CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 156.

²⁷²³ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 156.

outros fundamentos de extinção antecipada presentes na tradição romanista: a realização de reparações necessárias que não permitissem ao arrendatário a permanência no imóvel (“... *das Hause so baufällig würde, daß es der Locator bauen lassen müste, und es also nicht angienge, daß der Conductor im darinn mit blieb, so muß er freylich heraus...*”)²⁷²⁴, o mau uso da *res* (pois o acordo de vontades consentia-lhe o uso mas não o abuso – “*Wenn der Conductor (...) bringt er sich durch Mißbrauchen um sein Jus quaesitum. Denn er geht ab von dem Lege Contractus, da derselbe nur auf den Usum, nich aber den Abusum geht*”)²⁷²⁵ e a falta de pagamento da renda repetida “duas ou três vezes” (“*Eben so, wenn der Miethzins zwey oder dreymal nicht bezahlt worden ist*”)²⁷²⁶.

Mas, como já se adiantou, WOLFF extraiu da sua construção teórica consequências bem distintas. O polímata alemão indicava com clareza as regras de extinção da locação²⁷²⁷. Os contratos celebrados por tempo determinado cessavam com o decurso do prazo e, por conseguinte, o locador deixava de ter a obrigação de prestar o uso da coisa: “*Si res (...) ad certum tempus locentur, finito tempore conductoris jus cessat, nec locatur ultra id usum rei (...) praestare tenetur*”²⁷²⁸. Se qualquer das partes não quisesse a continuação do contrato celebrado por tempo indeterminado podia extingui-lo por *renunciatio* (“*Locatio & conductio renunciari dicitur, si vel locator conductori, vel conductor locatori significet, se ultra certum terminum ex contractu amplius teneri nolle*”)²⁷²⁹.

Não havia lugar à *renunciatio* nos contratos celebrados por tempo determinado (“*Si res vel opera locata fuerit ad tempus definitum, nulla renunciatio opus est*”)²⁷³⁰ – neste caso, os contraentes não poderiam desvincular-se antes do final do prazo acordado, até porque, como WOLFF recordava, também na *locatio* “*pacta sunt servanda*”²⁷³¹. Tal regra tinha exceções, admitindo-se a rescisão do contrato quando o locatário usasse indevidamente a *res*, em contravenção do que fora convencionado (“*Si*

²⁷²⁴ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 156.

²⁷²⁵ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 157.

²⁷²⁶ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 157.

²⁷²⁷ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 178.

²⁷²⁸ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1237, p. 874.

²⁷²⁹ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1239, p. 875.

²⁷³⁰ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1240, p. 876.

²⁷³¹ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1224, p. 864.

conductor re aliter utatur, quam fuerat conventum, seu eadem abutatur; locator contractum rescindere potest)²⁷³².

Porém, ao contrário do que prescrevia a constituição imperial contida em C.4,65,3 e era doutrina aceite do direito comum, WOLFF negava a possibilidade de extinção antecipada do contrato com fundamento em o senhorio necessitar da *res* para si próprio, excepto se a coisa tivesse sido locada sob essa condição²⁷³³.

Como premissa do raciocínio subjacente (que, aliás, também era utilizado para as situações de venda da *res*, como oportunamente vimos²⁷³⁴) estava a transferência do direito de uso da coisa (que, recordemos, tinha carácter absoluto) a favor do locatário e a vinculatividade dos contratos. Respiga-se, assim, a pertinente passagem: “*Quonian itaque jus utendi, quod in eum transtulit, auferre nequit invito (...) nec ab obligatione sua se pro lubitu liberare potest locator (...) si res non fuerit locata sub ea conditione, ut statim cesset locatio, ubi ea (...) propriis usibus necessaria fuerit, naturaliter locatio non finitur, quando res conducta (...) propriis locatoris usibus necessaria*”²⁷³⁵.

Para reforçar o resultado obtido, recorria-se, ainda, à já observada identificação entre locação e compra e venda²⁷³⁶. Apesar de o comodato ser celebrado com a condição tácita de a coisa não ser necessária para o uso próprio do comodante, isso não podia servir de argumento, pois naquele contrato o uso era prestado gratuitamente, ao passo que na locação ele era “vendido”: “*A commodato ad locationem argumentari nequit (§. 497.)*²⁷³⁷, *quippe cum in comodato usus praestatur gratis (...), in conductionem autem & locatione vendatur (§.1214.)*”²⁷³⁸.

Tal como nas situações de venda da coisa, também se admitia a extinção por necessidade de uso do locador, mediante a disponibilização de uma coisa semelhante e igualmente adequada (“*Etenim locator obligatur conductori ad praestandum rei usum conventum (§. 1198), quod cum fiat, si ipsi loco rei conductae praestet aliam similem & aequae commodam, ubi hoc faciat, quin rem conducta (...) propriis usibus necessariam*

²⁷³² WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1244, p. 879.

²⁷³³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 178-179.

²⁷³⁴ Cf., *supra*, II.2.3.1.

²⁷³⁵ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1225, p. 866.

²⁷³⁶ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 179. Veja-se, *supra*, II.2.3.1.

²⁷³⁷ Vide WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. III, § 497, p. 348: “*Commodatum tacitam hanc habet conditionem, nisi interea propriis usibus res fuerit necessaria*”.

²⁷³⁸ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1225, p. 866.

conductor auferre possit dubitandum non est”²⁷³⁹, embora o *conductor* o tivesse de aceitar²⁷⁴⁰.

GENIUS entende que, segundo WOLFF, a necessidade de reparações era, juntamente como o mau uso, fundamento de “*außerordentlich Auflösung*” (extinção extraordinária, isto é, antecipada)²⁷⁴¹. cremos, contudo, que o jurista jusracionalista diferenciava as duas situações nos seus pressupostos e efeitos.

Na verdade, o uso reprovável da *res* constituía uma violação do acordado, que possibilitava ao locador a rescisão da *locatio*. Já a realização de reparações que não permitisse ao arrendatário usar o imóvel gerava a impossibilidade da prestação do senhorio e, subsequentemente, como ninguém pode estar obrigado ao que é impossível, o contrato dissolver-se-ia *ipso iure* / “*per se*” (“*Quamobrem cum nemo obligetur ad impossibile (...), locator & inquilinus a mutua obligatione liberantur per se. Quoniam itaque pactum dissolvitur, si contrahentes ab obligatione, qua sibi invicem ex pacto tenentur, liberantur (...)*”²⁷⁴²; *si aedes necessario reficiendae, durante autem refectioe eas inhabitare non possit inquilinus, locatio per se dissolvitur*)²⁷⁴³. Não era necessário, portanto, qualquer acto extintivo por banda do senhorio.

Esta limitação dos motivos de despejo reconhecidos pelo direito comum romano-canónico não era original. Tivemos a oportunidade de verificar que, por exemplo, os direitos de Antuérpia e de Amesterdão consagravam soluções semelhantes²⁷⁴⁴. Mais uma vez, o jusracionalismo tratava sistematicamente e inseria nas suas inferências lógicas dados já presentes nos *iura propria*.

A construção wolffiana teve importantes repercussões. Ela foi seguida, *exempli gratia*, pela relevante referência do jusnaturalismo setecentista que foi MARTINI: se o locador estivesse obrigado a prestar o uso da coisa²⁷⁴⁵ por tempo determinado, não lhe era lícito despejar o *conductor* com fundamento na sua necessidade (“*Itaque incumbit*

²⁷³⁹ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1226, p. 866.

²⁷⁴⁰ Recorde-se WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1228, p. 868.

²⁷⁴¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 178.

²⁷⁴² WOLFF recordava, a propósito, o § 836 de *Jus Naturae*, III (Cap. IV, p. 587), segundo o qual o pacto se dissolveria se os contraentes se libertassem da obrigação que dele nascia: “*Pactum dissolvi dicitur, ve etiam solvi, si contraentes ab obligatione, qua sibi invicem tenentur ex pacto, liberantur*”.

²⁷⁴³ WOLFF, *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1246, pp. 880-881.

²⁷⁴⁴ *Supra*, II.1.2.4.3.

²⁷⁴⁵ Verificou-se, *supra* II.2.3.1, que o uso era, na concepção de MARTINI, uma parte do direito de propriedade, na modalidade de servidão.

locatori, rei usum (...) praestare per tempus definitum, nec ei licet citius expellere conductorem ob propriam indigentiam)²⁷⁴⁶.

ZEILLER apresentava a mesma solução no âmbito do direito natural. O locatário tinha o direito (real) de gozo da *res* durante o período contratual, ainda que o locador pedisse a sua restituição devido a uma necessidade imprevista (*“Dem Miether kommt das Recht zu (...) die Sache durch die Miethzeit zu gebrauchen, ob sie gleich der Vermiether seines eigenen, unvorgesehenen Bedürfnisses wegen zurück verlangte”*)²⁷⁴⁷. O Professor austríaco remetia para o § 123 da obra, relativo ao comodato, onde também se afirmava que o direito de gozo do comodatário lhe permitia recusar a restituição antes do decurso do período convencionado, mesmo que com fundamento numa necessidade do comodante (*“Daraus fließen die Rechte des Entleyhers (...) die Zurückgabe der Sache, würde sie der Verleiher, unvorgesehener Zufälle wegen, auch selbst bedürfen, vor der Zeit zu verweigern”*)²⁷⁴⁸.

O francês JEAN PERREAU prosseguia a tendência. Após fixar a regra da vinculatividade da locação até ao decurso do prazo convencionado, PERREAU sustentava que, mediante o cumprimento das obrigações a que o locatário estava adstrito, apenas um acordo expresso ou tácito permitiria que situações como reparações necessárias ou o uso da coisa pelo locador legitimassem o fim do contrato: *“Il doit laisser jouir et faire jouir le locataire jusqu’au terme fixé par la convention, si celui rempli de son coté toutes ses obligations, et s’il ne survient aucun des cas exprimés ou tacitement convenus, qui annullent de fait le contrat, tels, par exemple, que ceux où la maison, objet de la convention, exigerait des réparations nécessaires, où le propriétaire voudrait l’habiter lui-même”*²⁷⁴⁹.

Entre nós, VICENTE FERRER NETO PAIVA acompanhava MARTINI (*“O locador é obrigado a prestar o uso da cousa (...) por todo o tempo convencionado, e não póde, antes d’elle findo, expulsar o conductor com o fundamento de necessitar d’isso...”*)²⁷⁵⁰ e acrescentava, seguidamente, em justificação: *“... porque é um contracto*

²⁷⁴⁶ MARTINI, *De Lege Naturali Positiones*, cit., Cap. XIX, DXXXVII, 1, p. 167. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 183.

²⁷⁴⁷ ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, cit., § 134, p. 178.

²⁷⁴⁸ ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, cit., § 123, p. 165.

²⁷⁴⁹ JEAN ANDRÉ PERREAU, *Éléments de Législation Naturelle: Destinés à l’Usage des Élèves de l’École Centrale du Panthéon*, Baudouin, imprimeur de l’Institut national des sciences & des arts, Paris, 1801, p. 202. Ao sabor da época, o Autor é apresentado no frontispício da obra como *“le citoyen Perreau”*, sendo a data aí indicada *“Messidor an IX”*.

²⁷⁵⁰ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., §§ 537 e 538, I, p. 153.

igual²⁷⁵¹, no qual sem injustiça se não póde conceder favor a nenhum dos pactuantes. As obrigações devem ser religiosamente cumpridas d'uma e d'outra parte”²⁷⁵². Acto contínuo, dava nota da corrente que, aceitando os fundamentos de extinção antecipada do direito romano-canónico, reconhecia ao arrendatário um direito de indemnização quando o despejo se baseasse na “necessidade da casa para viver nella” ou em “bemfeitorias necessarias”²⁷⁵³. A propósito destes dois motivos extintivos, também se indicava que JOSÉ FERNANDES ALVARES FORTUNA²⁷⁵⁴ os admitia “... só com a condição d'o senhorio á sua custa apromptar ao inquilino outras casas semelhantes e igualmente commodas”²⁷⁵⁵. O que, como é óbvio, equivalia a não os reconhecer como causas de resolução.

Mas FERRER NETO PAIVA tomava posição própria. O arrendamento era um “*contracto equal*” e disso derivava a respectiva vinculatividade, que seria prejudicada se um dos contraentes lhe pudesse pôr termo por sua vontade: enquanto decorresse o período estabelecido pelas partes, nenhuma delas o devia extinguir. Apenas as reparações necessárias seriam susceptíveis de fundamentar uma excepção a essa regra, o que se escorava na vontade presumida das partes – algo que constituía, neste concreto ponto, um estilo de raciocínio na linha de Autores como BARBEYRAC e BURLAMAQUI.

Transcreve-se a correspondente passagem: “*Sendo o arrendamento um contracto equal, não é razão, que a sua duração e observancia fique dependente da vontade do outro; e por isso somente nos parece admissivel a quarta excepção, e só n'estes termos – que o senhorio possa fazer as bemfeitorias necessarias e de tal modo urgentes, que*

²⁷⁵¹ “... [C]ontractos eguais (aos quaes impropriamente se tem chamado onerosos, bilaterais, e synallagmaticos)” – VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., §§ 452 e 453, p. 98.

²⁷⁵² VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., §§ 537 e 538, I, p. 153. Não se deixa passar a deliciosa (e sintomática) ironia de um típico representante do liberalismo oitocentista invocar, na defesa da estabilidade contratual, o cumprimento “religioso”...

²⁷⁵³ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., §§ 537 e 538, I, p. 153, citando, nomeadamente, BURLAMAQUI.

²⁷⁵⁴ Lente Proprietário da Faculdade de Cânones de Coimbra, leccionou Direito Natural, Público, e das Gentes (cf. *Jornal de Coimbra*, vol. IX, 1816, Parte II, nº XLIV, p. 108) e foi considerado por LEVY MARIA JORDÃO, *A Philosophia do Direito em Portugal*, III, cit., p. 33, “...um dos maiores ornamentos d'esta Universidade”. Foi autor de *De Jure Naturae Positiones Dilucidirori Stylo et Ordine* (1806), “*adaptação, com algum desenvolvimento da obra de MARTINI, discipulo de WOLFF, na esteira, portanto, do jusnaturalismo racionalista e abstracto*” (parafrazeando MIGUEL REALE, *Avelar Brotero, ou a Ideologia sob as Arcadas*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, 1955, p. 139, nota 11). Faleceu em 8 de Março de 1819 – cf. *Gazeta de Lisboa*, 1819, nº 89, Sexta Feira 16 de Abril, onde se mencionam os seus “... *Compendios de Direito Natural, que elle procurou com grande cuidado arranjar em melhor methodo...*”.

²⁷⁵⁵ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., §§ 537 e 538, I, p. 154.

não possam ser espaçadas para o fim do tempo do contracto; porque o inquilino, quando arrendou, devia lembrar-se da possibilidade de viriam a ser necessarios semelhantes reparos, e não é razão que pelo commodo do inquilino o senhorio perca as suas casas. A intenção presumida dos pactuantes póde justificar este direito do senhorio. Porém, n'este caso, se o inquilino somente for privado da habitação de parte da casa, e continuar a viver n'ella, deve ser indemnizado do prejuizo pelo senhorio; mas se for privado de toda a casa, poderá ou revogar o arrendamento, ou exigir o desconto do aluguer segundo o tempo, que esteve fóra da casa. Só assim temos para nós, que se poderão conciliar a fidelidade devida aos contractos e os interesses bem entendidos do senhorio e do inquilino”²⁷⁵⁶.

A exclusão do despejo antecipado, *maxime* por necessidade superveniente do senhorio, também era apresentada por BERNARDINO JOAQUIM DA SILVA CARNEIRO como a solução justa, dado o carácter sinalagmático da locação: “O locador deve prestar o uso da cousa (...) por todo o tempo convindo, e não póde despedir o conductor, nem a titulo de necessidade superveniente; porque nos contractos eguaes não se póde, sem injustiça, favorecer nenhum dos pactuantes”²⁷⁵⁷. Seguia-se, destarte, o tipo de argumentação de FERRER NETO PAIVA, o que não é de estranhar, já que aquele Professor de Coimbra admitia expressamente no prefácio da obra que “... não quizemos ter deante de nós muitos auctores. Contentámo-nos com um, o Sr. Ferrer, no seu Curso de Direito Natural (...) sôbre elle é que foi organizado o compendio, por onde, n-esta nossa Universidade, se estuda o direito natural e das gentes”²⁷⁵⁸. Assinale-se, porém, que SILVA CARNEIRO não apontava excepções à regra enunciada.

Perfeitamente consolidada na literatura do *Usus Modernus*, a proibição de autotutela em sede de despejo esteve presente, outrossim, nas reflexões jusracionalistas. Assim testemunham os contributos de SCHIERSCHMID (o locador adquiria o direito de recorrer aos meios de restituição da *res*, pois tratava-se de uma expulsão judicial – “*Locator utique ius habebit remedia adhibendi, quibus restitutionem rei locatae*

²⁷⁵⁶ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *Curso de Direito Natural*, II, cit., §§ 537 e 538, I, p. 154. Advirta-se, apenas, que a referência à quarta excepção à regra da não extinção antecipada (“*necessidade da casa para viver nella*”) advinha de um manifesto *lapsus calami*, pois tratava-se da quinta excepção (“*bem-feitorias necessarias*”), o que decorre do texto com toda a clareza.

²⁷⁵⁷ *Elementos de Moral e Principios de Direito Natural*, 6ª edição, Livraria de J. Augusto Orcel, Coimbra, 1864, § 195, I, p. 73. “*Contractos eguaes, ou bilateraes, são aquellees que aproveitam a ambos os pactuantes*”, ensinava-se no § 190, p. 71.

²⁷⁵⁸ SILVA CARNEIRO, *Elementos de Moral e Principios de Direito Natural*, cit. (página não numerada).

acquirit (...) quorsum expulsio iudiciaria referenda)²⁷⁵⁹ e de CRAMER, que realçava o carácter intolerável da autotutela a que por vezes o locador recorria, devendo ser utilizados, pelo contrário, os meios jurídicos de tutela (pública): “*Manchmal geschieht es auch, daß man auf den Fall dem Locatori die Selbsthülfe einräumt. Allein diese wird nicht gelitten (...) so muß man doch der rechten Hülfe sich bedienen*”²⁷⁶⁰.

²⁷⁵⁹ SCHIERSCHMID, *Elementa*, cit., Lib. III, Tit. V, § 78, p. 134.

²⁷⁶⁰ CRAMER, *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre*, II, cit., Lib. III, Tit. XII, § 10, p. 156.

3. Período do Individualismo: as codificações²⁷⁶¹

3.1– O *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756)²⁷⁶²: codificação do *Usus Modernus* e prelúdio do movimento codificador

3.1.1 – A realização coactiva da prestação do locador

O CMBC (4,1,§17, epigrafado *Von Versprechung eines Facti*) espelhou a regra geral desentranhável da obra dos Autores da primeira fase do *Usus Modernus Pandectarum*: o devedor das obrigações de prestação de facto poderia escolher entre o cumprimento e uma indemnização por danos (“*Es pflegen nicht nur Sachen, sondern auch Facta versprochen zu werden. Jene nennet man Stipulationes dandi, diese faciendi, und bestehet Imò der Unterschied zwischen beeden darin, daß bey den letzteren der Versprecher die Wahl hat, ob er das Factum selbst, oder nur das Interesse...*”)²⁷⁶³.

²⁷⁶¹ Sobre as codificações, a sua origem nos sistemas lógicos pressupostos pelo jusracionalismo e pelo Iluminismo e a pretensão de total disciplina da vida social (além de instrumento por excelência da consolidação das ordens político-jurídicas saídas das revoluções liberais), cf., ilustrativamente, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 462-466; ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, in BFDUC, 1995, pp. 27 e ss., WIEACKER, *História*, cit., pp. 365 e ss., PIO CARONI, *Lecciones de Historia de la Codificación*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 37 e ss..

Ilustraremos o movimento codificador através de seis exemplos. Assim, pela sua importância e pioneirismo, serão estudados o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (fortemente marcado pelo *Usus Modernus* e que constituiu como que uma ponte de transição entre as obras de consolidação do direito vigente como, por exemplo, as Ordenações, e as codificações modernas), o ALR (fruto acabado do Iluminismo e do Despotismo esclarecido e que – não menos importante para o assunto de que curamos – consagraria a natureza real do direito do locador), o *Code Civil* (o mais influente código oitocentista) e o ABGB (produto de uma lenta maturação do direito natural racionalista). Serão ainda analisados o Código de Seabra (marco fundamental da evolução do direito português) e o BGB (codificação tardia que passou a disputar ao *Code Civil* a primazia como modelo seguido pelos legisladores).

²⁷⁶² *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. Oder Neu Verbessert – und Ergänzt – Chur-Bayrisches Land-Recht*, gedruckt von Johann Jacob Vötter, Churfürstl. Hof- und Landschaft-Buchdruckern, München, 1756.

Sobre o *Codex Maximilianeus* (obra directa do Vice-Chanceler WIGULÄUS VON KREITTMAYR, que também foi o seu principal comentador, através das célebres *Anmerkungen über den Codicem Maximilianicum Bavaricum Civilem*) como precursor das codificações modernas (apesar de ter valor meramente subsidiário), mas cujo conteúdo foi ainda profundamente influenciado pelo *Usus Modernus Pandectarum*, cf., por exemplo, WIEACKER, *História*, cit., pp. 369-371, WESENER/WESENER, *Historia*, cit., p. 251, CAVANNA, *Storia*, I, pp. 292-294, e CARONI, *Lecciones de Historia de la Codificación*, cit., p. 60 (que sublinha a faceta de repositório do direito comum).

²⁷⁶³ Cf. KLAUS LUIG, *Die Grundsätze des Vertragsrechts in Kreittmayrs Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756*, in “Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr (1705-1790). Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift zum 200. Todestag”, Verlag C. H. Beck, Munique, 1991, p. 69

Mas distinguia-se entre os simples factos e aqueles que produziam um efeito jurídico específico, como conceder em locação; os últimos incluíam-se no âmbito das obrigações *dandi* e não conferiam ao devedor a mencionada escolha (“*5tò Ist auch hier die Rede nur von Factis nudis & simplicibus, welche in einer blossen Verrichtung, z. E. in einer Fürbitt bestehen, anerwogen die andere Facta, welche einen besonderen Effectum Juris nach sich ziehen, z. E. Verkauffen, Vertauschen, Verpachten, Vererbrechten, Darlehen, und dergleichen nicht unter die Stipulationes faciendi, sondern dandi gerechnet werden, folglich auch hierbey nicht mehr in des Versprechers Wahl stehet, ob er Rem oder Interesse prästiren wolle... ”*).

LUIG entende que aí estava presente uma concessão à teoria de THOMASIIUS (que preconizava a realização coactiva de todas as prestações de *facere*)²⁷⁶⁴. Temos sérias dúvidas: a maioria dos juristas alemães da primeira fase do *Usus Modernus* negava a execução específica dos *facta nuda*; por seu turno, a possibilidade de realização coactiva da prestação do vendedor era opinião comum desde BÁRTOLO e, quanto ao locador, já fora preconizada por GÓMEZ e era amplamente seguida por aquela corrente alemã (não sendo a questão tão consensual na locação como na compra e venda, a verdade é que já obtinha fortes apoios e, inclusive, aceitação judicial)²⁷⁶⁵. Ora, as soluções que o CMBC consagrava eram, precisamente, essas – e não o defendido pelo Autor jusracionalista.

Assim, e também em conformidade com considerável parte da mesma corrente doutrinal, o locatário não tinha de aceitar algo diferente da prestação enquanto a sua realização em espécie fosse possível ao locador (4,6,§ 4, 2: “*Immassen er 2dò nicht schuldig ist, sich mit einer anderen Sach, oder mit blosser Schadloshaltung abfertigen zu lassen, solang jene noch in Natura & Specie von dem Locatore beygeschafft werden kann*”)²⁷⁶⁶.

(republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998), e OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 105.

²⁷⁶⁴ LUIG, *Die Grundsätze des Vertragsrechts*, cit., p. 69.

²⁷⁶⁵ Cf., *supra*, II.1.2.5.1.

²⁷⁶⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 190; LUIG, *Die Grundsätze des Vertragsrechts*, cit., p. 69, nota 54.

3.1.2 – A tutela possessória do locatário

O código bávaro ainda seguiu vários pontos da genérica disciplina possessória do direito comum²⁷⁶⁷. A qualificação da posição do locatário era, contudo, problemática, como veremos de seguida.

CMBC 2,5,§ 2 apresentava as várias espécies em que se repartia a posse: *vera*, *quasi* (*possessio*), *bonae fidei*, *malae fidei*, *iustam*, *iniustam*, *civilis* e *naturalis* (“*Die Possession wird in Veram & Quasi, bonae vel malae Fidei, Justam & Injustam, Civilem & Naturalem getheilt...*”). O mesmo dispositivo definia a *possessio civilis* como aquela que era exercida por quem detinha a coisa não apenas corporalmente, mas com *animus* (como o ausente) ou com *animus* e *corpus*, como o titular do direito de propriedade ou, pelo menos, de outros direitos, como o credor pignoratício, o usufrutuário ou o arrendatário (“... *da man die Sach nicht leiblicher Weis (Corpore) sondern nur in der Meinung und Absicht allein (solo Animo) innhat, wie z. E. ein Abwesender, oder da man die Sach Corpore & Animo zugleich, und zwar entweder von Eigenthums- oder wenigst von eines anderen Rechtswegen z. E. von Pfandschaft, Nutzniessung, oder Pachtungsweis innhat*” – sublinhado nosso).

Isto conduzia a que o arrendatário fosse considerado um possuidor civil que possuía *corpore & animo*²⁷⁶⁸, pois, segundo KREITTMAYR, não se veria fundamento para distinções (“*rationem disparitatis*”) entre uma posse nos termos de um direito real ou de um direito de crédito: “... *corpore & animo zugleich, und zwar in der Absicht entweder auf das Eigenthum selbst (...) oder wenigst auf ein Jus reale (...) oder gar auf ein Jus personale, wie bey Pächtern geschieht, dann man siehet wohl die geringste rationem disparitatis nicht, warum derjenige, welche eine Sach nur in Absicht auf ein Jus reale vel personale inn hat...*”²⁷⁶⁹. Tal estava intimamente ligado à aceitação pelo CMBC de uma noção ampla de posse de direitos²⁷⁷⁰: os *Jura incorporalia* admitiam quer a *realia*, quer a *personalia possessionem*, sem diferenciações (“... *alle Jura*

²⁷⁶⁷ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 425.

²⁷⁶⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 190.

²⁷⁶⁹ WIGULÁUS XAVERIUS ALOYSIUS KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, Gedruckt und verlegt bey Johann Jacob Vötter, München, 1761, ad 2,5,§2, n. 2, p. 1140.

²⁷⁷⁰ Sobre o ponto, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 234, e GUNTER WESENER, *Zur Bedeutung des Usus modernus pandectarum für das österreichische ABGB*, in “Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly”, Springer Verlag, Viena/Nova Iorque, 2011, pp. 576-577.

incorporalia und zwar ohne Unterschied inter realia vel personalia possessionem zulassen ...)²⁷⁷¹.

Pelo contrário, os possuidores naturais, como o depositário, detinham a coisa “*nur Corpore allein*” (apenas *corpore*) e, por isso, eram considerados meros detentores (cf., novamente, CMBC 2,5,§ 2: “*Naturalis, da man die Sach nur Corpore allein, ohne Absicht solche für sich oder die Seinige zu behalten, innhat, wie z. E. ein blosser Anwalt, Depositarius, oder Possessor merè Precarius, welches jedoch nur in uneigentlichen Verstand eine Possession genannt wird, und in der That nichts als eine blosse Detention ist*”)²⁷⁷². Aqueles, segundo a explicação de KREITTMAYR, não possuíam em nome próprio, não tendo qualquer direito pessoal ou real sobre a *res*, como sucedia com o tutor, o administrador, o mandatário, o depositário ou o possuidor a título precário que pudesse ser privado discricionariamente da coisa: “*Unser Codex behalt zwar die Distinction inter civilem & naturalem possessionem ebenfalls bey, versteht aber unter Possessione naturali nur eine blosse und solche Detention, da man die Sach nicht suo sonder alieno vel prorsus nullo Jure in hat (...) reale vel personale (...) wie z. E. bey einem Tutore, Administratore, Mandatario, Depositario vel Possessore merè precario & ad nutum amovibili...*”²⁷⁷³.

A exposição de KREITTMAYR revelou, neste aspecto, inconsistências notórias. A propósito do constituto possessório, e contradizendo-se o anteriormente escrito, o locatário já é apresentado como mero possuidor em nome alheio²⁷⁷⁴: “*... Usufructuario, Depositario, Commodatario, Mandatario, Conductore vel Administratore (...) nicht suo, sed alieno nomine possidiren...*”²⁷⁷⁵. No capítulo dedicado pelo próprio *Codex* ao contrato de locação, a contradição surge de novo²⁷⁷⁶, afirmando-se que o *conductor* mais não obtém do que um “*Jus Detentionis*”: “*4tò Folgt weiter, daß Conductor durch die an ihn beschehene Uebergab mehr nicht, als den Gebrauch der Sach und das Jus Detentionis erlangt...*” (CMBC 4,6,§ 4,4). O já citado comentador do CMBC acabava

²⁷⁷¹ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad 2,5,§2, n. 2, p. 1140.

²⁷⁷² Vide BRUNS, *Das Recht des Besizes*, cit., p. 427, e MÜLLER, cit., p. 33.

²⁷⁷³ *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad 2,5,§2, n. 2, p. 1140.

²⁷⁷⁴ A contradição ia além deste aspecto, nomeadamente no que diz respeito aos titulares de direitos reais anteriormente qualificados como possuidores civis (cf. as análises de BRUNS, *Das Recht des Besizes*, cit., p. 428, e de MÜLLER, *Besitzschutz in Europa*, cit., p. 34).

²⁷⁷⁵ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad 2,5,§7, n. 1, p. 1151.

²⁷⁷⁶ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 190.

mesmo por declarar que o *conductor* tanto tinha a posse civil como a natural: “... *so befindet er sich doch in Possessione usus tam civili quam naturali*”²⁷⁷⁷.

Em abono da verdade, porém, há que reconhecer que a interpretação de KREITTMAYR relativa à protecção possessória do locatário não deixava de ser coerente com a qualificação contida nas regras gerais da posse.

Sendo certo que se afirmava que a acção possessória não era outorgada ao simples detentor (“*Solchemnach kan ein blosser Detentor (...) ex spolio nicht agiren...*”)²⁷⁷⁸, podemos concluir que, em consonância com 2,5,§ 2, o *conductor* assim não era considerado (apesar de ser duvidoso que à luz do direito romano o locatário tivesse protecção²⁷⁷⁹).

De facto, KREITTMAYR reconhecia-lhe legitimidade activa em sede de *remedio retinandae vel recuperandae possessionis*, tal como se fazia no direito canónico e na praxe moderna, e isto quer contra terceiros, quer contra o próprio locador²⁷⁸⁰: “*de jure Canonico hat die Klage auch contra Locatorem platz (...) und diesem folgt die Praxis (...) und auch unser Codex*”²⁷⁸¹; “... *folglich kann er sowohl contra Tertium als Locatorem selbst, wenn er während Pacht von einem oder anderen in usu gestört, oder gar herausgesetzt wird, ex remedio retinandae vel recuperandae Possessionis Jure saltem Canonico & hodierno allerdings klagen*”²⁷⁸². Evidentemente que – até por um raciocínio *a maiori ad minus* – era concedida protecção possessória durante a pendência da lide se o locador impedisse o uso da coisa: “*An Conductor*

²⁷⁷⁷ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, Gedruckt und verlegt bey Johann Jacob Vötter, München, 1765, ad 4,6,§21, n. 3, p. 387.

²⁷⁷⁸ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad 2,5,§11, n. 2, p. 1169. De notar que o *Codex* não distinguia entre o *interdictum unde vi* e a *actio spoli*, pois tinham uma só finalidade, unificando-os, como acontecia no *Jus modernum*: “*Unser Codex aber macht keinen Unterschied zwischen diesen Actionibus, sondern führt sie alle auf einen Zweck, und wir warden in Sequentibus vernehmen, dass auch Jus commune saltem modernum wenig oder gar keine Distinction mehr macht*” – *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad. 2,5,§11 (que dispunha que “*Wer der Possession mit unrechtmässiger Gewalt entsetzt und spolirt wird, hat zwar nach gemeinen Rechten unterschiedliche Actiones, insonderheit das Interdictum unde vi, wie auch Remedium ex Canone redintegrandae, es ziehlen aber all dergleichen Klagen...*”), n. 1, p. 1168. Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 190.

²⁷⁷⁹ “*Ob der Pächter ex interdicto recuperandae klagen könne, ist der Jure Romano Zweifelhaft*” – *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad 2,5,§11, n. 2, p. 1169.

²⁷⁸⁰ Cf. GENIUS, ob. cit., p. 191.

²⁷⁸¹ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, cit., ad 2,5,§11, n. 2, p. 1169. São chamados à colação os contributos de LEYSER sobre a matéria, os quais analisámos, *supra*, II.1.2.5.2.

²⁷⁸² KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§21, n. 3, p. 385.

*contra Locatorem ob usum rei conductae impedimentum possessorium summarissimum instituere possit*²⁷⁸³.

A solução seguia, como é fácil observar, o que já prevalecia na prática forense e numa importante parcela da doutrina do *Usus Modernus*.

3.1.3 – A extinção do contrato pelo locador

Também neste domínio o trabalho legislativo do Chanceler KREITTMAYR esteve muito próximo dos resultados do *Usus Modernus*.

As locações celebradas por tempo determinado cessavam pelo decurso do prazo acordado, independentemente de um acto de denúncia (*“Ist der Contract nur auf gewiss- benannte Zeit gemacht, so erlöscht er mit selber alsofort ohne weitere Aufkündigung von selbst...”* – 4,6,§ 15,1 CMBC)²⁷⁸⁴.

Nos contratos sem prazo determinado, a denúncia (*“Resignation”* ou *“Aufkündigung”*) era livre (*“Stehet jeden Theil regulariter frey, den Contract nach Belieben wiederum aufzukünden...”* – 4,6,§ 16,1 CMBC), sendo disciplinada pelo acordo das partes; na falta deste, aplicar-se-iam os costumes locais ou, em última análise, os ditames da equidade (*“... und ist 2dò sowol quò ad Modum als Tempus Resignationis zuförderst auf das, was desfalls etwan bedungen worden, sodann aber auf jedes Orts wol hergebrachte Gewohnheit, und endlichen in Ermanglung deren auf Recht und Billichkeit zu sehen”* – 4,6,§ 16,2 CMBC).

Os fundamentos de resolução (*“ausserordentliche Aufkündigung”*) pelo senhorio, seguiam, no essencial, o figurino descrito em C.4,65,3²⁷⁸⁵. Poderiam motivar a cessação antecipada do contrato, deste modo, a necessidade não prevista do prédio para uso do locador ou da sua família, a necessidade indispensável de proceder a uma construção ou a reparações que impusessem o despejo, o uso impróprio da *res* e o não pagamento atempado da retribuição (*“Auf Seiten des Locatoris hat jetztemelte ausserordentliche Aufkündigung Platz. Imò Wenn er die Sach zu sein oder seiner Familie selbst eignen Gebrauch neuerlich und unversehener Weis bedarf. 2dò Die unvermeidliche Nothdurft einen Bau oder Ausbesserung in Re locatâ erfordert, und ein so anderes ohne Vertreibung des Conductoris nicht geschehen kan. 3tiò Conductor sich in dem*

²⁷⁸³ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§21, n. 3, p. 385.

²⁷⁸⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 191. Tal não prejudicava uma eventual renovação tácita (*“stillschweigender Contracts-Erneuerung oder Relocation”*), prevista no § 19.

²⁷⁸⁵ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 191.

*Gebrauch der Sach ungebührlich verhalt, z. E. bey dem gestifteten Gut ungebührliche Holzschläg vornimmt, oder solches in anderweg merklich abschleift, und dergleichen. 4tò Den (...) Stift-Pfenning in rechter Zeit nicht entrichtet, und endlich 5tò in obgedachtem Casu Successionis singularis” – 4,6,§ 17 CMBC)*²⁷⁸⁶.

Surgia com nitidez, neste ponto, a preferência da codificação bávara pela tradição do *ius commune*, em detrimento das elaborações jusracionalistas: não só não se afastou a extinção da *locatio* por necessidade de reparações ou para uso do senhorio, como se contemplaram eventuais necessidades da família deste.

Seguindo a tendência já prevalecente, o CMBC vedava ao locador a autotutela, qualquer que fosse o pretexto invocado: os contraentes deveriam recorrer sempre aos meios jurídicos de protecção das respectivas posições, as *actiones locati e conducti* (“*Imò Darf Locator Conductorem weder aus Ursach, daß der Contract geendiget seye, noch sonstigen Vorwand eigenmächtiger Weis ex Re locatâ heraussetzen (...) Solchemnach sollen sich 2dò Contrahenten vielmehr des Weeg Rechtens begnügen, und das was sie ex Pacto vel Naturâ Contractûs gegeneinander zu suchen haben, durch die bey seiner Behörde anzustellende Actionem Locati Conducti erholen*” – 4,6,§17)²⁷⁸⁷. Verificámos já que uma expulsão ilícita permitia ao arrendatário exercer os meios de defesa possessória²⁷⁸⁸.

3.1.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Mesmo numa matéria que tão fustigada foi pelas reflexões jusracionalistas, o CMBC manteve a tradição do direito comum²⁷⁸⁹. O sucessor a título singular (v.g., o comprador, o sucessor do feudo, o legatário, o donatário ou o fideicomissário) não estava vinculado pelo contrato de locação celebrado pelo antecessor: “*Wer dem Locatori oder Conductor nicht Jure Universali & haereditario sondern nur singulari, wie z. E. ein Käuffer, Lehens-Folger, Legatarius, Donatarius, Fideicommissarius particularis in Re locatâ vel conductâ succedirt, der ist auch an den Contract seines Vorfahrers weiter nicht mehr gebunden*” (4,6,§ 14,1 CMBC).

²⁷⁸⁶ O quinto fundamento dizia respeito ao despejo por quem sucedesse a título singular no direito do senhorio, o que será estudado no próximo ponto.

²⁷⁸⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 191.

²⁷⁸⁸ Cf., *supra*, II.3.1.3.

²⁷⁸⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 192.

A justificação apontada foi, naturalmente, a de que o sucessor não estava obrigado a cumprir as obrigações assumidas pelo antecessor; não era concedida ao *conductor* qualquer acção real ou pessoal contra ele, pois o locatário não tinha qualquer direito real e nada haviam contratado: “*Ratio legis besteht darinn, daß Käufer Successor singularis ist, welcher Facta Antecessoris sui nicht zu praestiren hat, unde weder Actione reali noch personali à Conductore belangt werden kann, nicht reali, weil Conductio kein Jus reali gibt. Nicht personali, weil der Käufer mit Conductore nicht contrahirt hat*”²⁷⁹⁰.

Como se observou no ponto precedente, a sucessão a título singular permitia ao locador a extinção imediata do contrato (“*ausserordentliche Aufkündigung*”): “*Auf Seiten des Locatoris hat jetztbemelte ausserordentliche Aufkündigung Platz (...) 5tò in obgedachtem Casu Successionis singularis*” (4,6,§ 17,5 CMBC). Com esta solução, o locatário não podia invocar a sua posição e defendê-la através do exercício da *actio spolii*. Todavia, com clara influência do direito comum²⁷⁹¹, o § 21 da Lei de 18 de Fevereiro de 1871 estabeleceu que a cessação antecipada da locação de imóveis, com fundamento na sucessão a título singular, devia obedecer ao período de pré-aviso decorrente dos usos locais, ressalvando-se prazo contratual mais curto: “*Sowohl der neuer Erweber als auch der Miether ist in diesem Falle berechtigt, den Vertrag noch vor Ablauf der festgesetzten Miethzeit aufzukünden, hat jedoch hiebei die ortsübliche Aufkündigungsfrist zu beobachten, falls eine kürzere Frist nicht vereinbart ist*”²⁷⁹².

O *Codex* de KREITTMAYR acolheu expressamente um dos desvios à máxima “*emptor non tenetur stare colonus*” construídos pela doutrina do *ius commune*. De acordo com 4,6,§ 14,3, o sucessor devia respeitar a locação e não podia proceder à expulsão até ao final do período contratual se fosse constituída a favor do locatário uma hipoteca sobre a *res* (“*Ein anderes ist 3tiò wenn Conductori die Sach ausdrücklich zu dem Ende verhypothecirt ist, daß er vor der Zeit nicht daraus vertrieben werde, dann da muß Successor singularis die Zeit gleichfalls abwarten*”).

O expediente gizado pelos Comentadores (segundo alguns por BÁRTOLO, certamente por BARTOLOMEU SOCINO) era investido de força de lei na Baviera, em pleno século XVIII. A hipoteca munia o *conductor* de um direito real, o que lhe

²⁷⁹⁰ Neste sentido, cf. o comentário de KREITTMAYR (*Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§ 14, a), p. 365).

²⁷⁹¹ Recorde-se MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633. Cf., *supra*, II.1.2.5.4.

²⁷⁹² *Gesetzblatt für das Königreich Bayern*, 1870/1871, nº 23, cols. 297 e ss. (col. 310). Cf. FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 75.

permitia reter a coisa locada enquanto durasse o contrato, embora KREITTMAYR seguisse a corrente que exigia a constituição de uma hipoteca especial: “*Se o arrendatário tiver uma hipoteca sobre a coisa locada com a finalidade de ser mantido durante a totalidade do período do arrendamento, não haverá mais lugar ao axioma de que o locatário é titular de um direito meramente pessoal porque adquire pela hipoteca um direito real, o qual pode ser exercido contra qualquer possuidor da coisa (...) a hipoteca não deve ser simples e geral, mas especial...*”²⁷⁹³.

O facto de o *successor* ter conhecimento da locação ou a celebração de um pacto de *non alienando* não prejudicavam a regra de 4,6,§ 14,1²⁷⁹⁴: “*und hindert 2dò nicht, daß gedachter Successor Wissenschaft vom dem Contract gehabt, oder Locator die Sache nicht veräußern zu wollen versprochen hat*” (CMBC 4,6,§ 14,2). O que era, na verdade, uma decorrência do que já prevalecia nas obras do *Usus Modernus Pandectarum*.

Apesar de tal não ser consagrado no *Codex*, e diferentemente do pacto de não alienação ou do conhecimento do contrato, o comentário de KREITTMAYR reconhecia, como excepção à possibilidade de despejo, o consentimento (expresso ou tácito) dado pelo sucessor à continuação da locação: “*... ein ander ist, wann er expresse oder wenigst tacite ipso Facto darauf einwilliget, daß er Pacht völlig ausgehalten und adimplirt werden soll* [C.4,65,9]”²⁷⁹⁵. Ou seja, uma cláusula contratual semelhante aos *pacta* de D.19,2,25,1 e C.4,65,9 teria eficácia a favor de terceiro, o que estava em consonância com o antigo direito bávaro²⁷⁹⁶.

²⁷⁹³ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§14, e), pp. 366-367 (“*Hat sich Conductor (e) in re locata Hypotecam zu dem Ende ausbedungem daß die Pachtzeit völlig ausgehalten werden muß, fo greift das Axioma, welches sich aif einem Jute mere personalli Conductoris fundirt, nicht mehr Platz weil er per Hypothecam Jus reale erlangt, welches man contra quemcunque rei Possessore geltend machen kann (...) muß aber keine simplex & generalis, sondern specialis Hypotheca seyn*”). A exigência de uma hipoteca especial já estava presente no comentário de KASPAR VON SCHMID ao direito municipal da Baviera: “*Ex hoc tamen non sequitur, quod pro firmitate contractus locationis ad versùs singularem successorem hypotheca generalis non sufficiat, sed specialis requiratur rei locata...*” (*Commentarii Ad Ius Municipale Bavaricum, a Titulo I. usque ad XX. inclusive, Tomus II*, Impensis Haeredum Joannis Hermanni de Gelden, Typis Sebastiani Rauch, Monachii, 1695, ad *Statuta Bavarica*, Tit. 17, art. 5, n° 22, p. 1067).

²⁷⁹⁴ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§ 14, f), p. 367. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 192, chama a atenção apenas para a segunda hipótese.

²⁷⁹⁵ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§ 14, f), p. 367. Tradução: “*Diferente é quando ele aprova expressa ou pelo menos tacitamente que o arrendamento deve ser plenamente mantido e cumprido*”.

²⁷⁹⁶ Assim, KASPAR VON SCHMID, *Commentarii Ad Ius Municipale Bavaricum, a Titulo I. usque ad XX. inclusive, Tomus II*, cit., ad *Statuta Bavarica*, Tit. 17, art. 5, n° 22, pp. 1067-1068: “*...locator stipulatione, & pacto suo in venditione (...) per pactum locatoris conductori in hoc casu*

Seguindo uma vez mais a tendência já manifestada pela doutrina do *Usus Modernus*, o Chanceler-comentador negava que a *locatio ad longum tempus* pudesse constituir um desvio à disciplina consagrada: a duração do contrato (“curta ou longa”) era indiferente para o problema, já que nunca se concedia ao locatário qualquer direito real (“*Ob der Pacht auf kurz oder lange Zeit geschlossen worden, ist hierrin einerlei (...) Conductor nimmermehr ein Jus reale einräumt*”)²⁷⁹⁷.

speciali, accedente jure retentionis, jus, se contra singulare successore manutenendi, acquisitum esse”. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 192-193 e 156.

²⁷⁹⁷ KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, cit., ad 4,6,§14, g), p. 367.

3.2– O *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794)²⁷⁹⁸

3.2.1 – A natureza real do direito do locatário

O ALR disciplinava o contrato de locação no Título 21 da Parte I (sob a epígrafe “*Von dem Rechte zum Gebrauche oder Nutzung fremden Eigenthums*” – “*Dos direitos de uso ou de fruição da propriedade alheia*”), onde também se regulava o usufruto. Tal sistematização já constituía, *de per se*, um indício da natureza real do direito do locatário²⁷⁹⁹.

Mas, de acordo com I 21 § 2 ALR, quem se encontrasse na posse efectiva de uma coisa para a usar ou fruir era titular de um direito real: “*So weit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts*”. Ou seja, como à luz de I 7 § 6 ALR o locatário era possuidor²⁸⁰⁰, o mencionado § 2 conferia-lhe a titularidade de um direito real²⁸⁰¹. Um exemplo, pois, do vasto acolhimento da herança jusracionalista pela codificação prussiana.

3.2.2 – A realização coactiva da prestação do locador

Dado o seu forte pendor iluminista, o ALR consagrou uma regra geral de cumprimento em espécie: “*In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden*” (I 5 § 270). O devedor de uma obrigação de prestação de facto poderia, inclusivamente, sofrer medidas judiciais coercivas nesse sentido: “*Wer eine Handlung zu leisten schuldig ist, kann dazu durch gerichtliche Zwangsmittel...*” (I 5 § 276)²⁸⁰².

KOCH, o principal comentador da codificação, observaria, a propósito, que o credor tinha o direito à prestação e não meramente à compensação de danos, em

²⁷⁹⁸ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, Verlag von Albert Hauck & Comp., Berlin, 1855. Sobre o ALR como fruto por excelência do pensamento racionalista e iluminista, além de instrumento de um “Estado de Polícia” absoluto (regulando os direitos civil, comercial, marítimo, público, penal e feudal), cf. MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 175-176, WIEACKER, *História*, cit., pp. 374 e ss., WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 251-252, e CARONI, *Lecciones de Historia de la Codificación*, cit., pp. 71 e ss..

²⁷⁹⁹ GELLER, *Die Miethe*, cit., p. 335; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 193.

²⁸⁰⁰ O que se estudará, *infra*, II.3.2.3.

²⁸⁰¹ Sobre o ponto, cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 193-194, GERHARD OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, in “Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1978, p. 464, e WIELING, *Die Verdinglichung der Miete*, cit., p. 659.

²⁸⁰² OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 105.

homenagem à força vinculativa dos contratos: “*Pacta sunt servanda (...) Das Versprochen kann erzwungen werden, der Berechtigte braucht sich nicht auf sein Interesse verweisen zu lassen*”²⁸⁰³.

Logo, o dever de o locador entregar a *res* (I 21 § 272: “*Die verpachtete muß so, wie die vermietete Sache, den Pächter oder Miether in brauchbarem Stande überliefert werden*”)²⁸⁰⁴ permitia ao locatário exigir o seu gozo durante o período de vigência do contrato, de modo a não ser privado dela pelo locador ou por terceiros, como ensinava DERNBURG: “*Der Miether kann vom Vermiether verlangen, dass ihm die Miethsache während der ganzen Miethzeit gewährt werde, so daß sie ihm weder vom Vermiether noch von Dritten entzogen wird*”²⁸⁰⁵.

3.2.3 – A tutela possessória do locatário

Em matéria possessória, o ALR afastou-se mais decisivamente do *ius commune* do que o *Codex Maximilianeus*²⁸⁰⁶. Com efeito, e analisando os pontos que mais nos interessam, quem detivesse uma *res* para seu próprio uso era considerado, à luz da codificação prussiana, possuidor da coisa (*Besitzer der Sache*): “*Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache*” (I 7 § 3)²⁸⁰⁷. Segundo o comentário de KOCH: “*... Der animus possidendi muß jedoch nicht nothwendig auf das Eigenthum gehen (animus domini), er muß aber jedenfalls ei animus sibi habendi sein, d.h. darauf gerichtet sein, die Sache zu irgend einem eigennützigem Zwecke zu haben*”²⁸⁰⁸ (“*O animus possidendi não tem, todavia, de estar necessariamente relacionado com a propriedade (animus domini), mas deve ser um animus sibi habendi, ou seja, considera-se que a coisa é sempre detida para finalidades de uso próprio*”).

²⁸⁰³ C. F. KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen*, I.1, 5ª edição, Verlag von J. Guttentag, Berlim, 1870, I 5 § 270, nota 28, p. 254. Sobre os meios adjectivos do direito prussiano com vista à execução específica, incluindo a apreensão de coisas imóveis, a prestação por terceiros, sanções pecuniárias e a detenção do devedor, remete-se para OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., pp. 106-107.

²⁸⁰⁴ Vd. HEINRICH DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. II, *Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht*, 4ª edição, Verlag des Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1889, § 168, p. 469, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 142.

²⁸⁰⁵ *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, II, cit., § 168, p. 470.

²⁸⁰⁶ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 431; MÜLLER, *Besitzschutz in Europa*, cit., p. 34.

²⁸⁰⁷ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 436; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194.

²⁸⁰⁸ *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, I.1, cit., I 7 § 3, nota 3, p. 317.

O mero detentor (*bloßer Inhaber*) era aquele cuja detenção visava o uso da *res* a favor ou em nome de outrem (I 7 § 2 “*Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat*”)²⁸⁰⁹: “*er nicht für sich die Sache haben will*” (“*ele [o detentor] não quer deter a coisa para si próprio*”)²⁸¹⁰.

Logo, havia uma identificação entre detentor e possuidor, com exceção do *bloßer Inhaber* do § 2 (“*Diese Absicht macht den Inhaber zum Besitzer, mit Ausnahme des in der vor. Anm. 2 gedachten Fälles*”)²⁸¹¹.

O possuidor podia ser completo (*vollständiger Besitzer*) ou incompleto (*unvollständiger Besitzer*)²⁸¹²: o *vollständiger Besitzer* possuía a coisa ou o direito²⁸¹³ como próprios (“*Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt*” – I 7 § 7); já o *unvollständiger Besitzer* detinha coisa alheia para o seu próprio uso (“*Wer eine Sache, oder ein Recht, zwar als fremdes Eigentum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer*” – I 7 § 6), abrangendo situações em que o direito exercido estava ligado à detenção da *res* a que dizia respeito e que, no *ius romanum*, não eram aceites como posse.

Um desses exemplos de *unvollständiger Besitzer* era, justamente, o locatário: “*Unter den unvollständigen Besitze (...) es sind darunter begriffen (...) die Fälle, in welchen die Ausübung des Rechts mit der Gewahrsam der Sache, auf welche sich das Recht bezieht, verbunden ist, z. B. (...) Pacht, Miethen (...) und in welchen das Römische Recht gar keinen Besitz annahm*”²⁸¹⁴; “*Dem einfachen und klaren Begriffe des unvollständigen Besitze, zu welchem das römische Recht nicht zu gelangen mußte ordnen sich vornehmlich folgende Verhältnisse unter: (...) der Besitz des Miethers und*

²⁸⁰⁹ MÜLLER, *Besitzschutz in Europa*, cit., p. 35.

²⁸¹⁰ Cf. KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, I.1, cit., I 7 § 2, nota 2, p. 317. V., ainda, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 436.

²⁸¹¹ KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, I.1, cit., I 7 § 3, nota 3, p. 317.

²⁸¹² MÜLLER, *Besitzschutz in Europa*, cit., p. 34.

²⁸¹³ O ALR previa a posse de direitos (I 7 § 5: “*Wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt*”), a “*juris quasi possessio*” – KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, I.1, cit., I 7 § 5, nota 6, p. 317. Sobre o ponto também, v. g., WESENER, *Zur Bedeutung des Usus modernus pandectarum für das österreichische ABGB*, cit., p. 576, e MÜLLER, *Besitzschutz in Europa*, cit., p. 34.

²⁸¹⁴ KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, I.1, cit., I 7 § 6, nota 7, p. 318.

Pächters (...) denen das römische Recht überhaupt keinen Besitz zuerkannte, sondern nur Innehabung für der Eigenthümer”²⁸¹⁵ ²⁸¹⁶.

A raiz imediata destas classificações estava na rejeição por SVAREZ da tricotomia *possessio civilis/possessio naturalis/nuda detentio*²⁸¹⁷, que, apesar de corrente, não teria fundamento na “*natureza das coisas*”. A “*Natur der Sache*” continha apenas a distinção entre o possuidor e o detentor: o primeiro dispunha da *res* para si próprio (embora pudesse não ter *animo domini*); o segundo detinha sem pretender dispor da coisa para si. O possuidor para si próprio (*eigentlich Besitzer*) abarcaria, portanto, o *civilis possessor* e o *naturalis possessor* do direito romano, que seriam, respectivamente, *vollständiger* e *unvollständiger Besitzer*²⁸¹⁸.

Dada a qualidade de *Besitzer* (mesmo que *unvollständiger*²⁸¹⁹), o locatário tinha à sua disposição os meios de protecção possessória, ao passo que o *bloßer Inhaber* podia ser privado da detenção, a todo o tempo, por aquele em cujo nome detinha (I 7 § 144: “*Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen*”), embora dentro dos limites da tranquilidade e segurança públicas, bem como de outros direitos do detentor (I 7 § 145: “*Doch darf auch ein solcher Besitzer einer unerlaubten Privatgewalt, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört, oder der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird, sich nicht bedienen*”)²⁸²⁰. Assim se demonstra a

²⁸¹⁵ HEINRICH DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. I, 5ª edição, Verlag des Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1894, § 149, nº 1, p. 332.

²⁸¹⁶ Vejam-se, ainda, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 50, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 146.

²⁸¹⁷ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 435.

²⁸¹⁸ Nas palavras do jurista prussiano: “*Der römischen Distinction inter nudum detentorem, possessorem naturalem und possessorem civilem (...) so geläufig sie jedem Juristen ist, hat doch wirklich keinen Grund in der Natur der Sache. Diese kennt nur der Unterschied zwischen Inhaber und Besitzer. – Besitzer heisst der, welcher eine Sache oder ein Recht in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, inne hat; Inhaber der, welcher entweder gar nicht weiss, dass er die Sache hat, und also noch keinen animus darüber zu disponiren haben kann, oder der die Sache nur für einen Andern besitzt. Der eigentlich Besitzer besitzt hinwieder entweder animo domini oder nicht. Ersterer ist der possessor civilis, letzterer possessor naturalis im Sinne des römischen Rechtes. In der abhandlung wird die possessio civilis ein vollständiger, naturalis ein unvollständiger Besitz genannt*”. Cf. o nº 2 das observações preliminares (“*Vorbemerkungen*”) de SVAREZ na sua *revisio monitorum* ao Título IV (“*Vom Besitze*”) do primeiro projecto in AUGUST HEINRICH SIMON/HEINRICH LEOPOLD VON STRAMPFF, *Materialien des allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung*, Nicholaischen Buchhandlung, Berlim, 1836, pp. 112-113.

²⁸¹⁹ Como realçam GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194, e OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 464.

²⁸²⁰ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 438.

importância prática, para a defesa da posição locatícia, da sua inserção na *unvollständig Besitz*^{2821 2822}.

Qualquer possuidor (e, portanto, também o locatário) era protegido contra a violência (I 7 § 141: “*Gegen Gewalt muß jeder Inhaber und Besitzer geschützt werden*”) e seria restituído se fosse esbulhado pela força (I 7 § 146: “*Ist die Gewahrsam oder der Besitz, obigen Vorschriften zuwider, jemanden mit Gewalt entnommen worden, so müssen ihm dieselben, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat, wieder gegeben werden*”); o mesmo se aplicava quando a posse tivesse sido esbulhada oculta, dolosamente ou por meios equiparáveis (I 7 § 147: “*Eben dieses findet statt, wenn jemand die Sache oder das Recht heimlich, durch List, oder bittweise, von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat*”)²⁸²³.

Tal também não levantava dúvidas frente ao locador: enquanto durasse a posse, o *unvollständige Besitzer* não era obrigado a aceitar qualquer interferência de outros, incluindo o *vollständigen Besitzer* ou o proprietário (I 7 § 169: “*Der unvollständige Besitzer ist, so lange sein Besitzrecht dauert, keinem andern, selbst nicht dem vollständigen Besitzer oder dem Eigenthümer, zu weichen schuldig*”), tendo legitimidade para recuperar a posse (I 7 § 170: “*In eben der Maaße ist er auch auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen jeden anzutragen berechtigt*”)²⁸²⁴.

Ademais, sendo possuidor, o locatário podia recorrer à autotutela para reverter perdas irreparáveis que decorressem da demora do recurso aos meios públicos (I 7 § 142: “*Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hülfe des Staats zu spät kommen würde, einen unersetzlichen Verlust abzuwenden*”)²⁸²⁵. O § 151 protegia, ainda, o possuidor contra perturbações futuras, através da cominação ou da aplicação judicial de penalidades (“*Der Richter muß den Gestörten durch Androhung*

²⁸²¹ OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 464.

²⁸²² O trabalho de SVAREZ mereceu o rasgado elogio de JHERING (*Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., pp. 394-395), que no século seguinte tanto atacaria as doutrinas possessórias baseadas no *animus*: “*La notion romaine de la détention (...) est ainsi réduit à sa juste mesure. C’est avec la même raison que SUAREZ qui peut réclamer, ici comme d’ordinaire, le mérite de ce sage progrès, a exclu l’absence de protection du détenteur vis-à-vis du titulaire, dans le rapport de détention intéressée (fermier, locataire, commodataire)...*”.

²⁸²³ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194, OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 464, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 50, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 146.

²⁸²⁴ Assim, BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 441, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 50-51, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 146.

²⁸²⁵ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194.

verhältnißmäßiger Strafen gegen den Störer, und nöthigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung, gegen fernere Beeinträchtigungen schützen)²⁸²⁶.

O ALR oferecia, deste modo, aquela que se pode considerar a mais perfeita e completa regulamentação da matéria até então, ultrapassando inegavelmente o que fora alcançado pelo direito comum²⁸²⁷.

3.2.4 – A extinção do contrato pelo locador

Neste código, os contratos celebrados por tempo determinado extinguíam-se pelo decurso do prazo acordado, sem necessidade de um acto de denúncia: *“Ist die Pacht- oder Miethzeit im Vertrage bestimmt: so geht dieselbe mit dem festgesetzten Termine zu Ende, ohne daß es einer besondern Aufkündigung bedarf”* (I 21 § 324 ALR)²⁸²⁸.

Se não fosse convencionado o prazo de duração, a cessação do contrato ocorreria por virtude de uma denúncia prévia (*“vorhergegangener Aufkündigung”* – I 21 §§ 340 e ss.)²⁸²⁹, cujo pré-aviso seria disciplinado pelo acordo das partes ou, na falta deste, pelos estatutos provinciais ou locais; os prazos de denúncia constantes dos §§ 342 e ss. ALR apenas se aplicariam subsidiariamente (*“Ist die Frist zur Aufkündigung weder im Contrakte selbst, noch durch, besondre Proynzial- oder Statutarische Gesetze bestimmt...”*)²⁸³⁰.

A extinção antecipada justificava-se, segundo o código prussiano, quando a renda não fosse paga durante dois períodos contratuais (*“Der Rückstand zweyer Termine berechtigt den Verpächter oder Vermiether, dem andern Theil den Contract, noch vor Ablauf der bedungenen Zeit, aufzukündigen”* – I 21 § 298), se fosse necessário proceder a reparações da *res* que não se compadecessem com a permanência do arrendatário (*“Wegen eines an der gemietheten Sache vorfallenden nothwendigen Hauptbaues, welcher, so lange der Miether die Sache in Besitz hat, nicht geführt*

²⁸²⁶ OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 464; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 146.

²⁸²⁷ Nesta conclusão, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 194.

²⁸²⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 30.

²⁸²⁹ Neste sentido, por exemplo, FRIEDRICH WILHELM LUDWIG BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, 2ª edição, vol. IV, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1844, § 289, pp. 310 e 314 e ss.. Dois diplomas, de 1812 e de 1834, complementaram a disciplina dos §§ 342-344: cf. BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, cit., § 289, p. 314, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 30, nota 51, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 142.

²⁸³⁰ I 21 § 342, primeira parte. Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 30; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 141.

werden kann, muß sich derselbe auch vor dem Ablaufe der kontraktmäßigen Zeit zur Räumung verstehen” – I 21 § 363) e na eventualidade de o locatário usar a coisa para fin diferentes do estipulado ou com considerável prejuízo da sua substância (“Wegen Mißbrauchs der gemietheten oder gepachteten Sache, kann der Pächter oder Miether, während der kontraktmäßigen Zeit, des Besitzes nur alsdann entsetzt werden, wenn derselbe die Sache zu einem andern, als dem ausdrücklich bestimmten Gebrauche verwendet; oder wenn aus dem Mißbrauche eine erhebliche Beschädigung der Substanz mit Grunde zu besorgen ist” – I 21 § 387)²⁸³¹.

Na opinião de GENIUS²⁸³², o senhorio só poderia efectuar a denúncia do contrato para o final do seu termo (a chamada denúncia ordinária, “*ordentliche Kündigung*”): de acordo com I 21 § 393, quando fosse admissível a resolução, deveria verificar-se uma denúncia prévia nos termos legais (“*Auch in denjenigen Fällen, wo der Rücktritt an sich zulässig ist, kann derselbe dennoch nur nach vorhergegangener gesetzmäßiger Aufkündigung erfolgen*”), não existindo, à luz do ALR, uma “*außerordentliche Kündigung*” (denúncia extraordinária, isto é, antecipada). O que equivaleria, segundo afirma o Autor, a esvaziar de sentido os fundamentos presentes nos §§ 298, 363 e 387²⁸³³.

Trata-se de uma argumentação não convincente, como bem alerta WOLTER²⁸³⁴: a leitura dos preceitos pertinentes não permite semelhantes conclusões, o que se confirma, além do mais, pela literatura jurídica da época²⁸³⁵. Respigam-se, a título de exemplo, passagens da autoria de alguns estudiosos do direito civil da Prússia.

Na sua exposição sistemática, BORNEMANN apresentava os fundamentos de extinção do contrato dentro do período convencionado (“*Die Pacht oder Miethewird beendet (...)* aus verschiedenen Gründen innerhalb der bedungenen Zeit aufgehoben werden”)²⁸³⁶, aí se incluindo as reparações necessárias, que prescindiam de uma denúncia prévia (“... auch vor dem Ablauf der Contractmäßigen Zeit und ohne vorgängige Kündigung, zur Räumung verstehen...”)²⁸³⁷, bem como o mau uso (“... auch

²⁸³¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 31.

²⁸³² *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195.

²⁸³³ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195.

²⁸³⁴ *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 31, nota 56.

²⁸³⁵ Cremos que é sintomático o facto de GENIUS não citar qualquer fonte no sentido que advoga.

²⁸³⁶ *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, IV, cit., § 289, p. 310.

²⁸³⁷ BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, IV, cit., § 289, p. 318.

ohne vorgängige, während der Contractmäßigen Zeit, des Besitzes alsdam entsetzt werden...”)²⁸³⁸.

Também FÖRSTER/ECCIUS afirmavam que a extinção para feitura de reparações se fazia sem denúncia (“*ohne Kündigung*”)²⁸³⁹, tal como a baseada no mau uso (“*Das Recht der Entsetzung kann sofort geltend gemacht werden, und zwar ohne Kündigung...*”)²⁸⁴⁰; o não pagamento da renda legitimava a denúncia antes do final do prazo convencionado (“*Die Zinsrückstand zweier voller Termine berechtigt den Vermiether und Verpächter, vor Ablauf der bedungenen Zeit zu kündigen*”)²⁸⁴¹.

DERNBURG, por seu turno, referia-se aos “fundamentos legais de extinção antecipada” (“*Gesetzliche Gründe vorzeitiger Aufhebung*”)²⁸⁴² e, a propósito das concretas causas extintivas, sublinhava a desnecessidade de um pré-aviso: “*Ist derselbe so bedarf es des Abwartens einer Kündigungsfrist nicht, ist er verschiebbar, so sind die gesetzliche Kündigungsfristen einzuhalten*” (como a realização de reparações era necessária, o prazo de denúncia seria dispensável)²⁸⁴³; “*Mißbrauch der Mietsache durch den Miether berechtigt den Vermiether zur Aufhebung des Vertrags ohne Kündigung*” (o abuso da *res* legitimava a extinção sem uma denúncia prévia)²⁸⁴⁴. A falta de pagamento da renda autorizava a denúncia do contrato antes do decurso do prazo contratual (“*Der Rückstand zweier Termine berechtigt den Vermiether zur Aufkündigung der Miethe vor Ablauf der bedungenen Zeit*”)²⁸⁴⁵.

É evidente, pois, que o ALR não deixou de prever hipóteses de extinção antecipada (com particular importância nos contratos celebrados com fixação de prazo) e que a doutrina coeva assim interpretou o regime legal.

Revelando visível influência dos contributos jurracionalistas, o ALR não consagrou como fundamento extintivo a necessidade do senhorio²⁸⁴⁶, o que também decorria de I 21 §386, que afastava a cessação antecipada com fundamento em alterações das circunstâncias pessoais do locador (“*Wegen veränderter Umstände in der*

²⁸³⁸ BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, IV, cit., § 289, p. 323.

²⁸³⁹ *Preußisches Privatrecht*, vol. II, 6ª edição, Verlag von Georg Reimer, Berlim, 1892, § 136, p. 196, nota 141.

²⁸⁴⁰ FÖRSTER/ECCIUS, *Preußisches Privatrecht*, vol. II, cit., § 136, p. 199.

²⁸⁴¹ FÖRSTER/ECCIUS, *Preußisches Privatrecht*, vol. II, cit., § 136, p. 200.

²⁸⁴² *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, II, cit., § 173, p. 489.

²⁸⁴³ DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, II, cit., § 173, p. 490.

²⁸⁴⁴ DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, II, cit., § 173, p. 491.

²⁸⁴⁵ DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, II, cit., § 173, p. 492.

²⁸⁴⁶ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 34.

Person des Vermiethers, findet vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit keine Aufkündigung statt)²⁸⁴⁷.

Sem surpresas perante a solução que já se consolidara no *ius commune*, o despejo deveria ser sempre efectuado com recurso à força pública, como expunha BORNEMANN (*“Der Verpächter oder Vermiether darf propria auctoritate nicht den Pächter oder Miether exmittiren”*)²⁸⁴⁸, invocando para o efeito o *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten*, I 24 §1 (*“Niemand ist befugt, sich selbst Recht zu verschaffen, oder ein wider den Andern erstrittenes Urtheil eigenmächtig”*)²⁸⁴⁹ e I 44 §44 (*“Wenn III., der Pächter sich beschwert: daß er von dem Verpächter eigenmächtig exmittirt worden sey, und auf seine Wiedereinsetzung anträgt, so ist dieses als eine Spoliensache zu betrachten, folglich bei der Instruktion nach der Vorschrift Tit. XXXI. zu verfahren”*)²⁸⁵⁰.

3.2.5 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

De acordo com I 3 §21 ALR, *“Die Verpflichtung, ihm die Ausübung des dinglichen Rechts zu gestatten, geht also auf jeden neuen Eigenthümer der belasteten Sache, welcher sein Recht von dem Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts herleitet, mit über”*, isto é, o novo proprietário da coisa onerada tinha o dever de permitir o exercício dos direitos reais existentes sobre ela, qualquer que fosse o direito de uso ou de fruição em causa.

À luz do preceito, e como o direito do locatário se revestia de natureza real²⁸⁵¹, aquele que se tornasse proprietário da coisa locada estava obrigado a respeitar a locação. O resultado era, pois, o oposto ao da regra geral do direito romano e do *ius commune*²⁸⁵², o que era reforçado por I 21 §358 (*“Durch einen freywilligen Verkauf*

²⁸⁴⁷ Cf., v.g., BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, IV, cit., § 289, p. 319, e DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, II, cit., § 173, p. 488 nota 1.

²⁸⁴⁸ *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, IV, cit., § 289, p. 325.

²⁸⁴⁹ *“Ninguém está autorizado a procurar a efectivação dos seus direitos por si mesmo ou a executar unilateralmente uma decisão judicial”*.

²⁸⁵⁰ O preceito refere-se ao procedimento restitutivo a seguir se o locatário alegasse que o locador o privara arbitrariamente da *res*.

²⁸⁵¹ Cf., *supra*, II.3.2.1.

²⁸⁵² FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., pp. 86-87; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 69.

wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert”: “[o]s direitos e os deveres do locatário não são alterados pela venda voluntária”)²⁸⁵³.

A propósito da revisão final do ALR, SVAREZ justificou a atribuição de um direito real ao locatário precisamente com a necessidade de obstar à possibilidade de despejo pelo adquirente²⁸⁵⁴. Escrevia SVAREZ que a regra do direito comum – cuja aceitação doutrinária seria cada vez menor – era afastada pelo novo código, segundo o qual o locatário tinha um direito real em virtude de lhe ser concedida a posse da coisa. Como fundamentos apresentavam-se a equidade e a analogia; o proprietário, ao conceder por um certo número de anos o gozo da coisa, estava a limitar o seu próprio direito de propriedade e, portanto, este apenas podia ser transmitido com tal limitação: o contrário consistiria num óbvio atentado à boa fé²⁸⁵⁵.

²⁸⁵³ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 87; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 195; OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 470; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 69; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 151.

²⁸⁵⁴ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 86; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 196; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 122.

²⁸⁵⁵ CARL GOTTLIEB SVAREZ, *Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts*, in “Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung”, vol. 41, 81/82, 1833, ad Tit. XXI § 358, p. 67: “Das Gesetzbuch muß nach seiner Theorie nothwendig das Gegentheil annehmen, da der Konduktor, indem ihm auf den Grund des Kontrakts der Besitz der Sache eingeräumt worden, ein wirkliches *Ius reale* überkommen hat, in welchem Falle selbst *de iure Romano* der Käufer den Konduktor sitzen lassen muß. Der Billigkeit und der Analogie ist auch das *Principium des Gesetzbuchs* unstreitig angemessener. Der Eigenthümer hat den Gebrauch seiner Sache auf eine gewisse Reihe von Jahren einem andern eingeräumt, und dadurch sich selbst in der Ausübung seiner Eigenthumsrechte eingeschränkt. Nur mit dieser Einschränkung kann er sein Eigenthum einem Dritten übertragen; er handelt offenbar *contra bonam fidem*, wenn er das Gegentheil thut; und der Käufer, dem es ohne sein eigenes Verschulden unmöglich verborgen bleiben kann, daß die Sache, die er kaufen will, einem andern verpachtet oder vermietet sei, kann durch seinen Kauf denselben seines wohl erworbenen Rechts ohne die größte Unbilligkeit nicht entsetzen”.

O texto de SVAREZ foi transcrito por C. F. KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen*, I.2, 4ª edição, Verlag von J. Guttentag, Berlim, 1870, ad I 21 §358, nota 79, p. 824, que o considerava “*um testemunho de inconsistência*” (“*ein Zeugniß der Inkonsequenz*”), pois o art. 1743 do *Code Civil* estabelecia a mesma regra e nem por isso o locatário passava a ter um direito real; o fundamento da solução seria, sim, a regra *nemo plus iuris* (últ. loc. cit.). Como se verá adiante, a solução não tinha aplicação nas situações de venda executiva, o que levava KOCH a apontar que a locação não poderia ter carácter real apenas quando a venda era voluntária: “... *auch nach dem A.L.R. kann der angeblich Grund nicht für wahr gelten, indem sonst die nämliche Lokation dinglich und auch nicht dinglich sein würde, je nachdem der Verkauf ein nothwendiger ode ein freiwilliger ist...*” (*Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte*, vol. 3-2, 2ª edição, Verlag von J. Guttentag, Berlim, 1859, § 346, p. 907).

A visão de KOCH não obteve adesões; segundo a posição maioritária, a disciplina específica da venda executiva justificava-se com a protecção dos credores, sem que existisse qualquer intenção de deslugar a natureza real da locação: cf. COLBERG, *Ueber der Rechtsparömie “Kauf bricht Mieth*”, cit., pp. 35 e ss., TRAEGER, *Ueber die Rechtsparömie: Kauf bricht Mieth*, cit., pp. 82 e ss., GELLER, *Die Mieth*, cit., p. 335, e FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., pp. 87-88 (seguidos por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 197).

Como fonte da solução aponta-se geralmente²⁸⁵⁶ um rescrito de Frederico II, de 15 de Abril de 1765, através do qual o monarca prussiano contrariou expressamente a regra *Kauf bricht Miete* e proibiu que os adquirentes de casas em Berlim despejassem os arrendatários; pelo contrário, os contratos de arrendamento eram transmitidos ao comprador. Detenhamo-nos no conteúdo do diploma, cuja intenção político-social era patente.

Frederico II manifestava a sua intensa desaprovação pelas situações usurárias a que um crescente número de arrendatários de casas em Berlim estava sujeito, o que em grande medida atribuía à regra do direito comum “*Kauf bricht Miethe*”, que legitimava ao comprador o despejo antecipado do arrendatário, apesar do contrato de arrendamento anteriormente celebrado com o vendedor. Aquela regra permitia-lhe, ainda, exigir elevadas rendas através da ameaça de despejo, compensando-se do valor excessivo que pagara pela casa. Assim, a partir da publicação do rescrito, nenhum comprador, cessionário, legatário ou qualquer adquirente de casas cujo direito fosse voluntariamente transmitido estava autorizado a despejar o arrendatário a quem o transmitente tivesse arrendado e que, além disso, estivesse na posse da casa aquando da transmissão. Por outro lado, se ao tempo da transmissão se encontrasse na posse da casa um arrendatário do qual o novo proprietário pudesse de algum modo ter conhecimento, devia o contrato ser mantido como o transmitente se obrigara a fazer. Deste modo, o transmissário ficava vinculado ao período contratual de arrendamento que restasse após a transmissão e ingressava nos direitos do transmitente (“*Wir haben mit dem größten Mißfallen wahrgenommen daß in Unserer Residenz Berlin der bisher eingerssene Wucher mit Häusern und die aufs höchste getriebene Steigerung der Haus-Miethen (...) großen Theils seine Schutzwehre in der gemeinen Rechts-Regul: Kauf bricht Miethe finde, als welche bisher den Käufer berechtigen den Miether ungeachtet sein mit dem Verkäufer eingegangener Contract noch nicht zum Ende, nach gefallen auszutreiben, oder von ihm ein so hohes MiethsQuantum durch die Drohung der Austreibung zu erzwingen, daß Käufer sich dadurch entschädiget: ja gewonnen, wenn er auch das Haus weit über*

²⁸⁵⁶ Assim, por exemplo, FRIEDRICH WILHELM LUDWIG BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, vol. I, 2ª edição, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1842, § 40, pp. 189-190; JULIUS ALBRECHT GRUCHOT, *Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Käufer eines vermieteten oder verpachteten Grundstückes und dem Miether oder Pächter in Folge des Satzes: “Kauf bricht nicht Miethe”*, in “Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts”, 1873, p. 548, nota 2; DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, I, cit., § 291, p. 718; FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Miethe brechen?*, cit., p. 85; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 196; HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, cit., pp. 170-171; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 122.

seinen wahren Werth erkaufet (...) Von der Publication dieses Rescripti an, soll kein Käufer, Cessionaris, Legatarius, oder ein jeglicher anderer Erwerber eines Hauses der sein Recht daran aus dem Willen des Veräußerers herleitet die Befugniß haben, die Miether auszutreiben, welche von dem letztem das Haus entweder ganz oder zum Theil gemiethet und zur Zeit der geschehenen Veräußerung sich schon in dein Besitz ihres Mieths-Rechts befunden Denen zur Veräußerungs Zeit sich im Besitz befindenden Miethern hingegen, welche dem neuen Eigenthümer allemahl bekannt werden müssen, muß derselbe ihren Contract auf gleichen Fuß halten, als solches sein Autor zu thun schuldig gewesen. Er tritt also für die noch übrige Dauer des Mieths-Contract in die Verbindlichkeith aber auch in die Rechte seines Verkäufers oder Veräußerers”²⁸⁵⁷.

Logicamente que tais preocupações sociais não foram indiferentes à atribuição de natureza real, pelo ALR, ao direito do locatário: as supramencionadas considerações de SVAREZ sobre o § 358 disso são prova, com a sua invocação dos valores da equidade e da boa fé, que só seriam respeitados com a derrogação do direito comum²⁸⁵⁸. No mesmo sentido, DERNBURG afirmou que se estaria perante uma especificidade do direito prussiano marcada por uma “*radical importância social*”: “*O direito do arrendatário torna-se real entre nós com a aquisição da posse (...) Neste carácter real reside uma especificidade do direito prussiano da locação, com significado para o sistema jurídico mas também de radical importância social*” (“*Das Recht des Miethers oder Pächters wird bei uns dinglich mit Erwerbung des Miethbesitzes (...) In dieser Dinglichkeit liegt eine Eigentümlichkeit des preußischen Miethrechts, von Bedeutung für das System des Rechts, aber auch von tiefgreisender socialer Wichtigkeit*”)²⁸⁵⁹.

Impondo-se ao comprador a continuação da locação, eram-lhe transmitidos os direitos e deveres do anterior locador²⁸⁶⁰. Mas isto no que diz respeito à venda

²⁸⁵⁷ O texto do rescrito está reproduzido in *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum, Oder Neue Sammlung Königl. Preußl. und Churfürstl. Brandenburgischer, sonderlich in der Chur- und Marck-Brandenburg, Wie auch andern Provintzien, publicirten und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten, Rescripten, &c &c &c*, von 1761, 1762, 1763, 1764 und 1765, Dritte Band, Berlin, 1766, cols. 673 e ss..

²⁸⁵⁸ TRAEGER, *Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Mieth*, cit., p. 79.

²⁸⁵⁹ HEINRICH DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. I, 3ª edição, Verlag des Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1881, § 290, p. 710. Não encontramos a passagem na edição que temos usado (a 5ª) e continuaremos a usar na falta de indicação (também QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 123, e HANS WIELING, *Die Grundstücksmiete als dingliches Recht*, in “*Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*: 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000”, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, p. 202, citam, a propósito, a 3ª edição).

²⁸⁶⁰ KOCH, *Allgemeines Landrecht*, I.2, cit., ad I 21 §358, nota 79, 2), p. 824 (com citação de jurisprudência); DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, I, cit., § 291, p. 718;

voluntária; de acordo com I 21 § 350 ALR a solução não teria aplicação nas situações de venda judicial e o locatário ficava, então, sujeito à denúncia do contrato pelo transmissário (“*Auch innerhalb der kontraktmäßigen Zeit muß der Pächter oder Miether sich die Aufkündigung gefallen lassen, wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Sache eintritt*”)²⁸⁶¹. O locatário podia manter-se no prédio até ao decurso do prazo de pré-aviso de denúncia²⁸⁶², cabendo-lhe um direito de ser indemnizado pela extinção antecipada (e conseqüente não prestação do gozo da coisa), a exercer contra o anterior locador ou a massa insolvente²⁸⁶³. A inscrição do contrato no registo atribuía prioridade à satisfação desse direito de indemnização (“*Hat er seinen Contract im Hypothekenbuche eintragen lassen: so gebühren ihm wegen dieser Entschädigung die Rechte der dritten Classe; außerdem aber keine besondere Vorrechte im Concurse*” – I 21 § 356 ALR).

O precedente da solução foi, novamente, o citado rescrito de Frederico II²⁸⁶⁴. Atendendo aos interesses envolvidos na venda judicial, que exigiam celeridade, o soberano determinara que não era iníquo um favorecimento da venda coerciva em relação às transmissões voluntárias²⁸⁶⁵. Visava-se, pois, a prossecução dos interesses do credor²⁸⁶⁶.

HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, cit., p. 173; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 151-152.

²⁸⁶¹ DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, I, cit., § 291, pp. 720 e ss.; FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 88; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 197; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 152.

²⁸⁶² “*Wegen des dem Pächter oder Miether erweislich entstehenden Schadens, aus der vor dem Ablaufe der kontraktmäßigen Zeit nothwendig gewordenen Räumung, kann derselbe an das Vermögen des Verpächters oder Vermiethers sich halten*” – ALR I 21 §355. Os possíveis períodos de pré-aviso de denúncia estavam previstos nos §§ 350-354.

²⁸⁶³ Cf., v.g., KOCH, *Allgemeines Landrecht*, I.2, cit., I 21 §355, nota 77, p. 823, e DERNBURG, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, I, cit., § 291, p. 722.

²⁸⁶⁴ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 197.

²⁸⁶⁵ *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum*, cit., cols. 677-688: “*Bey nothwendigen Subhastationem aber, die in Concurse-Liquidations-Processen, oder sonst Schulden halber, zu Beförderung der Rechts- Hülfe verhänget werden, ist es nöthig, daß die Verkaufe erleichtert, und die Endschaft de Processen befördert werden; wie denn auch die Gläubigen welche ohnehin in solchen Fällen gemeiniglich sehr zu kurz; kommen, nicht unbillig eine Begünstigung vor andern frey willigen Veräußerern verdienen*”.

²⁸⁶⁶ TRAEGER, *Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Mieth*, cit., p. 87; FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 88; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 197; OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 470.

3.3 – O *Code Civil* (1804)²⁸⁶⁷

3.3.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Para a doutrina francesa da pré-codificação, a *actio conducti*, através da qual o locatário poderia reagir contra a falta de entrega da *res*, era uma acção puramente pessoal, cujo objectivo primacial seria o de obrigar o locador (ou os seus herdeiros) a cumprir a obrigação: “*L’action qui naît de l’obligation (...) de lui délivrer la chose (...) est celle qu’on nomme en droit actio conducti, ou actio ex conducto. Cette action est une action personnelle qu’a le conducteur contre le locateur ou ses héritiers, tendant à ce que le locateur ou ses héritiers soient tenus de lui délivrer la chose...*”²⁸⁶⁸. Na falta de adimplemento, seria o meio processual próprio para o locatário exigir uma indemnização por equivalente (“... *sinon, faute de ce, à ce que le locateur ou ses héritiers soient condamné en ses dommages et intérêts*”)²⁸⁶⁹. Mas poderia obter, *manu militari*, o gozo da *res*?

Apesar do seu esforço de sistematização do direito civil segundo o direito natural, o mais importante jurista francês do século XVII, DOMAT, não se afastou da doutrina do direito romano²⁸⁷⁰. A não entrega da *res*, impedindo o locatário de a gozar, originava somente uma obrigação de indemnização pelos danos causados, bem como a extinção do contrato: “*Le bailleur este tenu de faire jouir librement le preneur, fermier ou locataire, de lui délivrer la chose en état de servir à l’usage (...) Et si le bailleur ne donne les choses en bon état, ou telles qu’il les a promise, le preneur recouvrera ses dommages et intérêts, & fera rompre le bail...*”²⁸⁷¹.

²⁸⁶⁷ *Code Civil des Français*, Édition Originale et Seule Officielle, Imprimerie de la République, Paris, An XII, 1804.

A respeito do código civil francês, a mais influente e seguida de todas as codificações jusnaturalistas (embora se use aqui a expressão com as cautelas sugeridas por CARONI, *Lecciones de Historia de la Codificación*, cit., p. 39, pois o jusnaturalismo não propôs uma verdadeira teoria da codificação) e que fez a síntese “burguesa-liberal”, por um lado, das influências da *ancienne jurisprudence* representada por DOMAT e POTHIER e, por outro, da legislação revolucionária, consultem-se, por exemplo: MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 176-179, WIEACKER, *História*, cit., pp. 386 e ss.; WESENBERG/WESENER, ob. cit., pp. 252-255; CAVANNA, *Storia*, I, pp. 355 e ss.; CARONI, *Lecciones de Historia de la Codificación*, cit., pp. 79 e ss..

²⁸⁶⁸ Vide ROBERT JOSEPH POTHIER, *Traité du Contrat de Louage*, in “Oeuvres de Pothier”, Tome IV, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Videcoq Père et Fils/Cosse et N. Delamotte, Paris, 1847, n° 59, p. 96.

²⁸⁶⁹ POTHIER, *últ. loc. cit.*

²⁸⁷⁰ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 205.

²⁸⁷¹ JEAN DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel, le Droit Public et le Legum Delectus*, nouvelle edition, Tome I, Aux Depens de la Societé, Paris, 1745, Livre I, Titre IV, Section III, I, p. 56.

Mas a resposta inversa viria a ser dada por POTHIER, que relacionava a questão com a máxima “*nemo potest praecise cogi ad factum*”: estabelecendo o paralelo com a obrigação de entrega da coisa ao comprador²⁸⁷², o pai do *Code Civil* explicava que “*Ces faits non sont mera facta, ce sont des faits quae ad dationem magis accedunt, auxquels le débiteur peut être précisément contraint sans attenter ni à sa personne ni à sa liberté, en permettant, soit à l’acheteur, soit au locataire, de se faire mettre, par le ministère d’un sergente, en possession de la chose...*”²⁸⁷³. A entrega da *res* poderia ser efectuada coercivamente, uma vez que a liberdade do locador não seria beliscada por se executar uma prestação que não envolvia a sua pessoa.

Deste modo se conclui que a falta de cumprimento que legitimava a indemnização monetária, referida por POTHIER, teria de se basear numa situação de impossibilidade da prestação, nos moldes que as doutrinas do *Usus Modernus* alemão já preconizavam²⁸⁷⁴. Note-se, aliás, que é citado, a propósito, LAUTERBACH²⁸⁷⁵: a teoria gizada pelo espanhol GÓMEZ (em quem LAUTERBACH se apoiou)²⁸⁷⁶ continuava a impor-se.

Na mesma direcção apontava o *droit coutumier* francês (“... *selon le Droit commun le Contrat de bail produit une obligation précise, & que le Locataire, ni le Fermier ne peuvent être obligés de s’en départir...*”)²⁸⁷⁷, apesar de algumas excepções contidas em costumes locais, segundo as quais era lícito ao senhorio recusar o cumprimento, antes de o arrendatário ter o domínio fáctico da coisa ou de o contrato ser

²⁸⁷² A *traditio* da coisa vendida não era, para POTHIER (que citava CUJÁCIO), um mero facto; estava mais próxima do conteúdo da obrigação de *dare* do que do da obrigação de *facere*, pelo que nada impediria a sua execução em espécie: “*Nemo potest cogi ad factum (...) cette maxime d’application que lorsque le fait renfermé dans l’obligation est un pur fait de la personne du débiteur, merum factum (...) Il n’en est pas de même du fait de la tradition; ce fait non est merum factum, sed magis ad dationem accedit; et le débiteur peut y être contraint par la saisie et l’enlèvement de la chose qu’il s’était obligé de livrer. Notre sentiment est celui de Cujas ...*”. Cf. *Traité du Contrat de Vente*, in “*Oeuvres de Pothier*”, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome III, Cosse et N. Delamotte /Videcoq Père et Fils, Paris, 1847, n° 68, pp. 30-31.

Acrescente-se que na, vigência do diploma napoleónico, prevalece pacificamente o entendimento de que se trata de uma obrigação de *donner* e não de *faire* (segundo a distinção do art. 1101) e, consequentemente, é afastada da previsão normativa do art. 1142: KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3ª edição, tradução de TONY WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 475.

²⁸⁷³ *Traité du Contrat de Louage*, cit., n° 66, p. 29.

²⁸⁷⁴ Neste exacto sentido, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 205.

²⁸⁷⁵ POTHIER, *Traité du Contrat de Louage*, cit., n° 66, *in fine*, p. 29.

²⁸⁷⁶ Cf., *supra*, II.1.2.5.1.

²⁸⁷⁷ Remete-se para a análise de MERLIN, *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*, 4ª edição, Tomo II, H.Tarlier, Librairie – Éditeur, Bruxelas, 1828, *Bail*, § I, p. 391. Vd., outrossim, JACQUES POLLET, *Arrests du Parlement de La Flandres*, Chez Lievin Danel, Lille, 1716, Part. II, Titre LX, p. 247.

reconhecido por oficial público, sujeitando-se apenas ao pagamento de indemnização por equivalente²⁸⁷⁸.

O *Code* seguiria a orientação do *ancien droit* e de POTHIER. Segundo o art. 1719, “*Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu’il soit besoin d’aucune stipulation particulière:*

1° De délivrer au preneur la chose louée (...)

3° D’en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail”.

Trata-se, como é evidente, de uma obrigação que recai apenas sobre o devedor (o locador); mas a sua execução específica, face a um eventual não cumprimento, não suscita dúvidas²⁸⁷⁹. Os trabalhos preparatórios, no *Rapport fait par le Tribun Moricault*, conduzem inequivocamente nesse sentido: “*Si le bailleur, pouvant délivrer la chose, s’y refuse ou seulement diffère, le preneur peut se faire autoriser par justice à s’en mettre en possession, et même obtenir des dommages et intérêts*”²⁸⁸⁰.

Com efeito, entende-se que a entrega da *res* não cabe no âmbito do art. 1142²⁸⁸¹, relativo à inexecução das obrigações de prestação de facto (e que apenas permite a indemnização por danos)²⁸⁸², podendo haver lugar a uma execução forçada que permita ao locatário entrar na detenção da coisa. Convocam-se, como ilustração, excertos da autoria de TROPLONG (que, na esteira de POTHIER, afirmava que “*Il a alors une action appelée, en droit romain, actio conducti, actio ex conducto, pour forcer le locateur ou ses héritiers à lui délivrer la chose manu militari*”)²⁸⁸³, LAURENT (louvando-se igualmente em POTHIER, ao negar que a obrigação de entrega pelo locador fosse uma *obligation de faire*: “*quando même se serait une obligation de faire, le créancier peut en réclamer l’exécution forcée, dans tous les cas où l’intervention*

²⁸⁷⁸ Entre os costumes que se desviavam da regra pode ser mencionado o de Cambrai: “*En matiere de vendition ou loüage de maison, terres ou heritages, les vendeurs ou ayant accordé leur chose à loüage, avant que celui qui l’auroit acheptée ou loüée fût mis en possession de la chose vendüe ou loüée, ou le vendage ou loüage reconnu devant la loy du lieu, ne sont tenus precisement à bailler et livrer la chose vendue ou loüée, mais sont quittes en payent l’interest*”. Cf. MATHIEU PINAULT, *Les Coutumes Générales de la Ville et Duché de Cambrai, Pays et Comté du Cambrésis*, Chez M. Mairesse, Douay, 1691, pp. 389 e ss. (Titre 21, Article I). Analogamente, o costume de Tournai considerava que, antes do reconhecimento pelo oficial público, os contratos de arrendamento “*ne produisent point une obligation precise*”: POLLET, *Arrests du Parlement de La Flandres*, cit., p. 247.

²⁸⁷⁹ GENIUS, *ob. cit.*, p. 207;

²⁸⁸⁰ Cf. P. A. FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Tome 14, Au Dépot, Rue Saint André-des-Arcs, n° 51, Paris, 1827, pp. 324-325.

²⁸⁸¹ “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.

²⁸⁸² Vd. ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 475

²⁸⁸³ *Le Droit Civil Expliqué Suivant L’Ordre des Articles du Code. De L’Échange et du Louage*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1841, p. 89, n° 69.

personelle du débiteur n'est pas nécessaire)²⁸⁸⁴, GUILLOUARD (*“Le preneur qui l'intente peut, à son choix, demander la résiliation du bail pour inexécution par le bailleur de son obligation, ou la mise en possession de la chose louée”*)²⁸⁸⁵ e, muito especialmente, ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, que assinalavam que, em casos de recusa de cumprimento, podia haver execução específica, não se aplicando o mencionado art. 1142: *“Dazu kann der Vermieter im Weigerungsfall gezwungen werden (wegen Art. 1142 besonders zu erwähnen)”*^{2886 2887}.

3.3.2 – A tutela possessória do locatário

Da atinente exposição de DOMAT ressaltava uma vincada distinção entre a posse e a detenção, pois a primeira implicava gozar e dispor da *res* como seu proprietário: *“On appelle proprement possession, la détention d'une chose que celui qui en est le maître, ou qui a sujet de croire qu'il l'est, tient en sa puissance ou en celle d'un autre par qui il possède”*; *“La simple détention d'une chose ne s'appelle pas proprement possession: et ce n'est pas assez pour posséder, qu'on tienne une chose, & qu'on l'ait en sa puissance; mais il faut l'avoir avec le droit d'en jouir & d'en disposer comme en étant le maître, ou ayant un just sujet de croire qu'on l'est”*²⁸⁸⁸.

Ao locatário (que possuía em nome de outrem e, portanto, não o fazia com qualquer *animus sibi habendi*), cabia apenas a segunda: *“On peut posséder une chose, non seulement par soy même, mais aussi par d'autres personnes. Ainsi, le propriétaire d'une maison ou d'autre fonds, possède par son locataire, ou par son fermier”*²⁸⁸⁹. Logo, não podia exercer as acções possessórias, reservadas a quem fosse possuidor: *“Celui qui étoit en possession d'un fonds, ou de quelques droits, & qui est troublé, ou qui en est dépouillé, peut intenter l'action possessoire”*²⁸⁹⁰.

²⁸⁸⁴ *Principes de Droit Civil Français*, Tome 25, A. Durand & Pedone Lauriel/Bruylant-Christophe & Comp., Paris/Bruxelas, 1877, p. 113.

²⁸⁸⁵ *Traité du Contrat de Louage*, Tome 1, 2ª edição, G. Pedone Lauriel, Successeur, Paris, 1887, p. 110.

²⁸⁸⁶ *Handbuch des französischen Civilrechts*, vol. 2, 8ª edição, Ernest Mohr's Verlag, Freiburg im Breisgau, 1894, p. 544, nota 2.

²⁸⁸⁷ No mesmo sentido, na doutrina contemporânea, JEAN GATSI, *Les Contrats Spéciaux*, Armand Colin, Paris, 1998, pp. 98-99, e FRANÇOIS COLLART DUTILLEUL/ PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats Civils et Commerciaux*, 6ª edição, Éditions Dalloz, Paris, 2002, p. 418.

²⁸⁸⁸ DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel*, cit., Tome 1, Livre III, Titre VII, Section I, 1 e 8, pp. 260-261.

²⁸⁸⁹ DOMAT, *últ. loc. cit.*, p. 261 (sob 9).

²⁸⁹⁰ JEAN DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel, le Droit Public et le Legum Delectus*, nouvelle édition, Tome 2, Aux Depens de la Societé, Paris, 1745, Livre IV (Suplement), Titre I, 8, p. 228 (citando as *Institutiones*, 4,15). Tenha-se em mente que a concepção de DOMAT de posse de direitos (tomo 1, p. 260, sob 5) não abrangia os direitos do locatário enquanto tal.

Também POTHIER, nesta linha, não reconhecia qualquer tutela possessória ao locatário²⁸⁹¹. Ele era um simples detentor (em nome do verdadeiro possuidor): “... *c’est le locateur de qui il la tient à loyer ou à ferme, qui possède: Per colonos et inquilinos possidemus (...)* *Le fermier ou locataire est un simple détenteur de la chose par celui de que il la tient à loyer ou à ferme ...*”²⁸⁹²; “... *car détenant la chose, non en leur nom, mais au nom de celui qui la leur a louée (...)* *qui la possède par leur ministère...*”²⁸⁹³. Por isso, não podia exercer as acções possessórias (nomeadamente, as acções de *complainte* e de *réintégrande*), nem contra o locador, nem contra terceiros: restavam-lhe a *action de garantie ex conducto* perante a contraparte, concretizando a sua responsabilidade contratual²⁸⁹⁴, e a *actio iniuriarum* ou uma *actio in factum* face a terceiros que, sem invocarem a posse, perturbassem ou impedissem a detenção²⁸⁹⁵.

²⁸⁹¹ GENIUS, ob. cit., p. 205.

²⁸⁹² *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 38, nº 91.

²⁸⁹³ *Traité de la Possession*, in “Oeuvres de Pothier”, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome IX, 2ª edição, Cosse et Marchal/Henri Plon, Paris, 1861, p. 272, nº 15.

²⁸⁹⁴ *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 100, nº 286, (“... *si le locateur apportait quelque trouble à la jouissance du locataire ou fermier, celui-ci ne pourrait pas former contre lui la demande qu’on appelle interdictum uti possidetis, et que nous appellons la complainte (...)* *car cette action ne peut être formée que par un possesseur. Le fermier n’a donc en ce cas que l’action personnelle qui naît du contrat de louage, actionem conducti, aux fins (...)* *de le laisser jouir sans trouble (...)* *et qu’il soit condamné aux dommages et intérêts*”), e p. 39, nº 92 (“*Cette action de garantie contre le locateur en cas d’éviction, a deux objets ou deux chefs: - 1º la décharge du loyer ou de la ferme pour le temps restant à courir du bail depuis l’éviction; - 2º les dommages et intérêts*”). No mesmo sentido, *Traité de la Possession*, cit., p. 296, nº 100 (“*La complainte ne pouvant être formée que par celui qui a la possession, elle ne peut être formée par les détenteurs qui ne détiennent l’héritage que pour un autre et en son nom, tels que sont des fermier et locataires (...)* *lorsqu’un fermier est troublé dans sa jouissance; si c’est par son bailleur, il ne peut pas former contre lui la complainte; il n’a contre lui qu’le action ex conducto*”) e, quanto à *réintégrande*, nº 115, p. 301 (“*L’action de réintégrande étant l’action qu’a celui qui a été dépossédé, et n’y ayant que celui qui possédait, qui puisse être censé avoir été dépossédé, il s’ensuit que, lorsqu’un fermier a été chassé par violence d’un héritage qu’il tenait à ferme (...)* *mais il ne peut pas intenter contre lui l’action de réintégrande [D.43,16,1,10]: car ce n’est pas lui qui possédait l’héritage, ni par conséquent lui qui en a été dépossédé; c’est celui de qui il le tenait à ferme, qui en était le possesseur, et qui en a été dépossédé, et c’est lui seul qui a droit d’intenter l’action de réintégrande*”).

Também era ao locador que o locatário se deveria dirigir, através de uma acção pessoal, quando um terceiro, arrogando-se da categoria de possuidor, perturbasse o gozo: *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 287, p. 100 (“... *ce fermier ne étant pas possesseur, ne pourrat pas lui former la complainte: il n’aura en ce cas que l’action personnelle contre son locateur...*”); *Traité de la Possession*, cit., p. 296, nº 100 (“*Si le défendeur, par ses defenses, prétendait la possession, le fermier doit les dénoncer à son bailleur, pour que son bailleur forme lui-même complainte*”).

²⁸⁹⁵ “*Si l’étranger qui a apporté du trouble, ne prétend avoir ni la possession, ni aucun droit dans l’héritage, le fermier a de son chef action contre lui, actionem injuriarum, aux fins de defenses, et de dommages et intérêts...*” (*Traité du Contrat de Louage*, cit., pp. 100-101, nº 287); “... *si c’est par un tier qu’il est troublé il n’a contre ce tiers qu’une action in factum...*” (*Traité de la Possession*, cit., p. 296, nº 100); “... *il peut bien avoir une action in factum contre celui qui a exercé la violence, pour réparation du tort qu’il lui a causé: mais il ne peut pas intenter contre lui l’action de réintégrande [D.43,16,1,10]*” (*Traité de la Possession*, cit., nº 115, p. 301).

Destriça-se, desta feita, um trilho evidente na doutrina jurídica francesa, desde os Humanistas até POTHIER, ao não se reconhecer tutela possessória ao locatário. O *Code* mais não fará do que o seguir²⁸⁹⁶.

O art. 2228²⁸⁹⁷, dentro de uma concepção subjectivista de posse²⁸⁹⁸, determinava que “*La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom*”, pelo que possuidor era apenas o locador, que possuía através do locatário. Este, detendo a *res* sem *animus sibi habendi*, tem a qualidade de *détenteur précaire* (cf. o então art. 2236²⁸⁹⁹: “*Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire...*”)²⁹⁰⁰.

O *ancien droit* não se revestia, todavia, da simplicidade da geometria de conceitos desenhada pela já citada corrente doutrinal e, depois, pelo *Code*. Outra tendência entendera que o mero detentor podia intentar a *action en réintégrande* (prevista pela *Ordonnance* de Abril de 1667, de Luís XIV, relativa ao processo civil)²⁹⁰¹ contra actos materiais que o privassem da *res* pela força²⁹⁰². Para ilustrá-la,

²⁸⁹⁶ Assim, estabelecendo o contraponto com o direito alemão, TROPLONG, *De L'Échange et du Louage*, cit., nº 271, p. 115: “...il a toujours été reconnu, en droit français, que le preneur n' a pas l'action possessoire...”.

²⁸⁹⁷ Veja-se, actualmente, o art. 2255, na redacção conferida pela *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008* (in *Journal Officiel de La République Française*, 17 juin 2008).

²⁸⁹⁸ MURAD FERID/HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, vol. 2, 2ª edição, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1986, p. 538.

²⁸⁹⁹ Vd., hoje, o art. 2266 (alteração da *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008*).

²⁹⁰⁰ Cf. o *Rapport fait par le Tribun Moricault*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., p. 326 (“*Le preneur, en effet, par la tradition qui lui est fait de la chose, n'a reçu que la faculté d'en jouir ou d'en user; c'est le bailleur qui possède par lui...*”); TROPLONG, *De L'Échange et du Louage*, cit., nº 271, p. 115 (“... le bailleur possède par lui, sa possession est purement précaire...”); ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch*, 2, cit., p. 540 (sublinhando que o arrendatário não tem a posse, mas uma pretensão face ao senhorio); F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, Tome 32, 4ª edição, Bruylant-Christophe & Comp./ Librairie A. Maresq, Bruxelas/Paris, 1887, p. 270 (“...les détenteurs à titre précaire, locataires, fermiers (...) le code dit qu'ils possèdent pour autrui, eux-mêmes ne possèdent donc pas”); GENIUS, ob. cit., p. 207; FERID/SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, cit., p. 538; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 52.

²⁹⁰¹ O art. I do *Titre XVIII* da *Ordonnance* (*Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d' avril 1667*, Chez André Giroud, Grenoble, 1761, pp. 69-70), permitia a actuação, através da *complainte*, contra quem perturbasse a posse, embora excluísse expressamente a tutela do arrendatário rural ou de outros “possuidores precários”: “*Si aucun est troublé en la possession & jouissance d'un héritage ou droit réel, ou universalité de meubles qu'il possédoit publiquement sans violence, à autre titre que de fermier ou possesseur précaire, il peut dans l' année du trouble former complainte en cas de saisine, & nouvelleté contre celui qui a fait trouble*”. Já a reacção contra o desapossamento violento ou por *voie de fait* era concretizado pela *réintégrande* (art. II): “*Celui qui aura été dépossédé par violence, ou voie de fait, pourra demander la réintégrande par action civile & ordinaire, ou extraordinairement par action criminelle...*”.

Cf. BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., pp. 366-367; RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., p. 445; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 53.

²⁹⁰² RUFFINI, *L'Actio Spolii*, cit., pp. 445-446.

mencionaremos os trabalhos de FRANÇOIS LANGE, FRANÇOIS SERPILLON e GUILLAUME-MICHEL CHABROL, apoiados no argumento de que apenas para a *complainte* a lei exigia a posse do autor, bem como na premência de reagir contra espoliações (“*spoliatus ante omnia restituendus est*”).

À pergunta “*Un fermier ou un dépositaire pourroit-il intenter cette action de réintégrandes?*”, LANGE respondia afirmativamente e contrapunha a *complainte* (o único meio processual que a *Ordonnance* afastava expressamente do arrendatário) à *réintégrandes*: “*Quand l’ Ordonnance dit que pour intenter complainte (...) il faut avoir possédée à autre titre que de Fermier, elle n’entend dire autre chose, sinon que le Fermier d’une terre ou d’un heritage, n’est pas partie capable pour intenter complainte pour raison de cette terre ou de cet heritage (...)*”; “*une complainte (...) n’est accordée qu’ à celui qui possède à titre & est Propriétaire: mais elle ne dit pas que si ce Fermier est violemment depouillé des fruits crûs sur cette terre ou sur cet heritage, qui lui appartiennent en pleine propriété, il ne puisse s’en plaindre & en demander la réintégrandes...*”²⁹⁰³. Note-se que ainda avultavam laivos de uma concepção de defesa da propriedade: o arrendatário exigiria a restituição do prédio porque os respectivos frutos eram seus.

SERPILLON também estabelecia o confronto com a *complainte*, com referência expressa ao exemplo do arrendatário rural: “*Un Fermier peut cependant intenter la réintégrandes (...) s’il a été dépossédé par violence*”²⁹⁰⁴; “*L’article précédent [I] parle du simple trouble sans force ni violence, celui-ci concerne la réintégrandes (...) La violence doit toujours être réprimée promptement (...) spoliatus ante omnia restituendus est*”²⁹⁰⁵.

CHABROL partilhava a mesma opinião e expunha que, dado o carácter geral da regra “*spoliatus ante omnia restituendus est*”, o rendeiro também podia exigir a restituição: “*L’ article 2 du même titre de l’ ordonnance, règle la matière des réintégrandes, & n’ exige pas, comme dans les cas de la complainte, que le demandeur ait la possession annale, ni qu’ il ait joui à titre de propriété. Ces différences ne doivent pas surprendre: dans le premier cas, il n’ y qu’ un simple trouble (...)* Ainsi la moindre

²⁹⁰³ *La Nouvelle Pratique Civile, Criminelle et Bénéficiaire*, cit., Liv. IV, Chap. XXXIII, p. 575.

²⁹⁰⁴ *Code Civil ou Commentaire sur l’Ordonnance du Mois d’ Avril 1667*, Chez Pierre Merry Delaguette, Libraire Imprimeur, Paris, 1776, Art. I, p. 275.

²⁹⁰⁵ *Code Civil ou Commentaire sur l’Ordonnance du Mois d’ Avril 1667*, cit., Art. II, p. 276.

possession suffit pour autoriser la réintégrande; & elle peut être exercée par un fermier même. La règle spoliatus est générale”²⁹⁰⁶.

Já na vigência do *Code*, e não obstante os supramencionados dispositivos que afastavam do locatário a qualidade de possuidor, persistiu a doutrina favorável à concessão da *réintégrande* (figura mencionada no art. 2060, nº 2)²⁹⁰⁷. A argumentação subjacente era a de que, para intentá-la, não era necessário ser possuidor – bastava que ocorresse uma privação da mera detenção pela força²⁹⁰⁸.

Assim se pronunciou HENRION DE PANSEY: se a *complainte* exigia a posse civil (“... *on peut définir la complainte, une action qui appartient à celui qui a la possession civil...*”; “*Celui qui n’ a que la possession naturelle ou détention ne peut, s’il est troublé, intenter complainte*”)²⁹⁰⁹, a mera detenção bastava para reagir contra a espoliação (“*Mais il [celui qui n’ a que la possession naturelle ou détention] peut, en cas de spoliation, intenter l’ action en réintégrande*”)²⁹¹⁰, uma vez que não seria necessária a “*possession annale*”²⁹¹¹. A análise de HENRION DE PANSEY foi subscrita por GARNIER²⁹¹².

Semelhantemente, DURANTON classificava a *réintégrande* como acção cujo objectivo era, mais do que a recuperação da posse perdida, o restabelecimento de uma detenção de facto: “*C’ est donc moins une action possessoire proprement dite et pour recouvrer une possession perdue, qu’ une action pour être rétabli dans cette détention de fait*”²⁹¹³. De acordo com MERLIN, e no mesmo sentido, a restituição não pressupunha qualquer direito à coisa por banda do espoliado: “*La Réintégrande a pour fondement cette maxime tirée, tant du droit civil que du droit canonique, spoliatus ante omnia restituendus est; ce qui s’ observe indistinctement, quando même celui qui a été dépossédé n’ aurait aucun droit à la chose*”²⁹¹⁴.

²⁹⁰⁶ *Coutumes Générales et Locales de la Province d’ Auvergne*, Tome Premier, Chez Martin Dégoutte, Imprimeur-Libraire, Riom, 1784, p. 60.

²⁹⁰⁷ Cf. FERID/SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, cit., p. 674.

²⁹⁰⁸ ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch des französischen Civilrechts*, vol. 1, 8ª edição, Ernest Mohr’s Verlag, Freiburg im Breisgau, 1894, p. 461, nota 4 da p. anterior; RUFFINI, *L’ Actio Spolii*, cit., p. 446; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 53.

²⁹⁰⁹ *De la Compétence des Juges de Paix*, 6ª edição, Chez Théophile Barrois Père, Libraire, Paris, 1822, pp. 372 (Cap. LII) e 697.

²⁹¹⁰ *De la Compétence des Juges de Paix*, cit., p. 697.

²⁹¹¹ *De la Compétence des Juges de Paix*, cit., p. 516 (Cap. LII).

²⁹¹² *Traité des Actions Possessoires*, Société Typographique Belge, Adolphe Wahlen et Compagnie, Bruxelles, 1842, I, 1, Article II, p. 23.

²⁹¹³ *Cours de Droit Français Suivant le Code Civil*, Tome IV, 2ª edição, Alex-Gobelet, Libraire, Paris, 1828, § 246, p. 198.

²⁹¹⁴ *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*, Tomo XIV, Garnery, Librairie/J. P. Roret, Librairie, 5ª edição, Paris, 1827, *Réintégrande*, p. 469.

Idêntica construção era apresentada por BELIME. A *réintégrande* seria “*une pure action in personam, dérivant d’ un délit et conforme à ce grand principe, que celui qui commet une faute doit la réparer*”²⁹¹⁵. Dada essa natureza de meio puramente delitual e pessoal, podia ser instaurada pelo detentor, designadamente o arrendatário, e ainda que contra o senhorio: “... *nous ne verrons aucun obstacle à ce que le détenteur précaire ait la réintégrande, car puisque cette action ne prend pas sa base dans la possession, puisqu’elle a seulement por but d’annuler l’effet de la violence, de remettre les choses dans le même état qu’ auparavant, je ne vois pas ce qui empêcherait le fermier de l’ exercer (...)* Je lui accorderais ce droit même contre son bailleur...”²⁹¹⁶.

Apesar de ter estado longe de um acolhimento unânime, pois não faltaram vozes a defender a aplicação do art. 23 do *Code de Procédure Civile* de 1806 (que atribuía as acções possessórias aos possuidores não precários)²⁹¹⁷ à *réintégrande*²⁹¹⁸, o ponto de vista foi endossado pela jurisprudência francesa²⁹¹⁹.

Citam-se, entre muitas, as decisões da *Cour de Cassation* de 10 de Novembro de 1819 (“...*il n’est pas nécessaire que de demandeur s’ appuie sur la possession annale: il lui suffit de se plaindre de la voie de fait. Une telle action peut être intentée non-*

²⁹¹⁵ *Traité du Droit de Possession et des Actions Possessoires*, Joubert, Libraire de la Court de Cassation, Paris, 1842, n° 371, p. 396.

²⁹¹⁶ BELIME, *Traité du Droit de Possession et des Actions Possessoires*, cit., n° 383, p. 417.

²⁹¹⁷ “*Les actions possessoires ne seront recevables qu’ autant qu’ elles auront été formées dans l’ année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, a titre non précaire*”.

²⁹¹⁸ Como demonstram, por exemplo, as críticas de CARRÉ, *Les Lois de la Procédure Civile*, I, nouvelle édition par ADOLPHE CHAVEAU, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1840, Article 23, n° 107, pp. 108 e ss., TROPLONG, *Le Droit Civil Expliqué Suivant L’Ordre des Articles du Code. De la Prescription*, I, 3ª edição, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, Paris, 1838, n°s 303 e ss. (“... *tout le reste est en opposition avec l’ article 23 du Code de procédure, qui doit faire taire d’ anciennes controverses*”), pp. 430 e ss., ISIDORE ALAUZET, *Histoire de la Possession et des Actions Possessoires en Droit Français*, Imprimerie Nationale, Paris, 1849, cit., pp. 270 e ss. (que atacava a teoria oposta em termos muito vigorosos), ou ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 1, cit., pp. 461-462.

²⁹¹⁹ Vide, a propósito, GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage*, 1, cit., n° 162, pp. 168-169, e ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 1, cit., p. 461, nota 4 da p. anterior. Cf., igualmente, GENIUS, ob. cit., p. 207, especialmente nota 139, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 53, e CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 246 (que sublinha, na nota 210, a influência que esta jurisprudência teve nos arts. 695 e ss. do Código Civil italiano de 1865 e 1168-1170 do actual *Codice Civile*).

A *action en réintégration*, descendente da *actio spoli*, está actualmente prevista no art. 1264 do *Code de Procédure Civile* de 1975 (“*Sous réserve du respect des règles concernant le domaine public, les actions possessoires sont ouvertes dans l’ année du trouble à ceux qui, paisiblement, possèdent ou détiennent depuis au moins un an; toutefois, l’ action en réintégration contre l’ auteur d’ une voie de fait peut être exercée alors même que la victime de la dépossession possédait ou détenait depuis moins d’ un an*”) – cf. FERID/SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, cit., pp. 675 e 677.

seulement par le propriétaire, mais encore par son fermier”)²⁹²⁰, 31 de Janeiro de 1871 (“... et soutenait d’ailleurs avoir la possession plus qu’annale du terrain litigieux, allégation inutile s’il se fût agi d’une action en réintégrande”)²⁹²¹, 12 de Agosto de 1874 (“Attendu qu’à la différence de ce qui a lieu pour l’action en complainte, une possession ou détention naturelle peut donner lieu à l’action en réintégrande”)²⁹²² e de 6 de Julho de 1887 (“...l’action en réintégrande suppose, d’une part, la détention matérielle de l’objet litigieux...”)²⁹²³. A tradição do *ancien droit*, inegavelmente marcada pelo *ius commune* romano-canónico construído desde a Idade Média, era aproveitada para se permitir ao locatário a recuperação da *res*.

Sem embargo, perante expulsões ilícitas pelo locador não deixava de ser hipotizável o recurso ao art. 1719, nº1, que permitiria alcançar, com o auxílio da força pública, o reempossamento²⁹²⁴.

Contra turbações fácticas do gozo, o art. 1725²⁹²⁵ permitia uma actuação judicial directa do locatário contra terceiros, com o objectivo de efectivar a respectiva pretensão indemnizatória (uma vez que os locadores apenas tinham a obrigação de defender os locatários quando “ont été troublés dans leur jouissance par suite d’une action concernant la propriété du fonds” – art. 1726²⁹²⁶)²⁹²⁷ – sendo notória, neste aspecto, a

²⁹²⁰ In “Recueil Sirey”, 1820, I, pp. 209-210. Um dos subscritores do aresto foi, sintomaticamente, HENRION DE PANSEY, ao tempo Presidente da *section des requêtes* e, mais tarde, Presidente da *Cour*.

²⁹²¹ In “Recueil Sirey”, 1871, I, pp. 7-8.

²⁹²² In “Recueil Sirey”, 1875, I, pp. 28-29.

²⁹²³ In “Recueil Sirey”, 1887, I, p. 316.

²⁹²⁴ Nesta conclusão, GENIUS, ob. cit., p. 207. Daqui resulta que o campo de acção verdadeiramente importante da *action en réintégrande* era o do esbulho por um terceiro.

²⁹²⁵ “Le bailleur n’est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d’ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel” (realce nosso).

²⁹²⁶ “Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d’une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l’empêchement aient été dénoncés au propriétaire”.

²⁹²⁷ Cf. o *Rapport fait par le Tribun Moricault*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., pp. 326-327 (“Si donc ceux qui ont comis des voies de fait s’attribuent quelques droits sur la chose (...) il doit appeler immédiatement le bailleur en garantie”; “Mais le bailleur n’est pas tenu de garantir le preneur du trouble (...) par de simples voies de fait (...) le preneur doit alors se défendre en son nom; c’est lui seul qu’ils attaquent, c’est à sa jouissance personnelle qu’ils attentent; c’est a lui seul à les faire réprimer”); LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 25, cit., pp. 178-179; GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage*, 1, cit., p. 166 (que endossa expressamente a explicação de MORICAULT); ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch*, 2, cit., pp. 546-548 (“Ist der Miethsman von dritten personen wegen Rechtsmangeln des Vermiethers in der Benutzung der Sache gestört worden, so ist er, vorausgesetzt, das er der Eigenthümer von der Störung unterrichtet hat, berechtigt, nach Befinden (...) Aufhebung des Vertrags, bezw. Schadenersatz, oder auch Verhältnissmäßigen Nachlass am Miethzins zu verlangen. Art. 1726. Ist dagegen der Miethsman in dem Gebrauch der Sache durch Thätlichkeiten gestört worden, welche ein dritte Person verübt hat, ohne dass diese ein Recht an der Sache zu haben behauptete, so kann er nicht der Vermiether, sondern nach Befinden nur diese Dritte personen auf Schadenersatz belangen. Art. 1725”: se as perturbações adviessem

influência da *actio in factum* indicada por POTHIER²⁹²⁸. Já contra o locador, teria o direito de se defender através de uma acção judicial, com vista à efectivação da abstenção imposta pelo dever de proporcionar o gozo pacífico (art. 1719, n.º 3)²⁹²⁹.

Os posteriores desenvolvimentos do direito francês foram no sentido de fortalecer a detenção do arrendatário, permitindo opor a terceiros os meios de defesa da posse (e não somente os de índole delitual)²⁹³⁰.

3.3.3 – A extinção do contrato pelo locador

A *ancienne jurisprudence* seguiu de muito perto o direito romano no que tangia a cessação da locação por iniciativa unilateral do locador.

A exposição de DOMAT era paradigmática: apesar de o locatário apenas ter a obrigação de restituição da coisa quando decorresse o prazo contratual previsto²⁹³¹, a evicção antecipada de natureza ilícita obrigava o locador, tão-só, ao pagamento de uma indemnização, mas considerando-se “interrompido” o contrato²⁹³².

Legitimavam a expulsão antecipada a falta de pagamento da renda, a necessidade da casa para uso do senhorio, a necessidade de proceder a reparações e o mau uso do imóvel, ou seja, recebia-se plenamente C.4,65,3: “*Si le propriétaire d’une*

de pretensões jurídicas do terceiro, o locatário, desde que disso avisasse a contraparte, tinha os direitos de extinção do contrato, indemnização por danos ou redução da renda; meras perturbações materiais apenas o legitimavam a exercer uma pretensão indemnizatória contra o terceiro turbador).

²⁹²⁸ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 207.

²⁹²⁹ Deste modo, ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch*, 2, cit., p. 546; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 207; PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS/PIERRE-YVES GAUTIER, *Cours de Droit Civil. Contrats Spéciaux*, VIII, 13ª edição, Éditions Cujas, Paris, 1999, p. 408.

²⁹³⁰ O art. 5 II da *Loi n.º 75-596 du 9 juillet 1975* (in *Journal Officiel de la République Française*, 10 Juillet 1975, p. 7076) aditou ao *Code Civil* o art. 2282 (“*La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l’affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits*”), o que permitiu aos detentores (categoria onde se inclui o locatário) o exercício das acções possessórias perante terceiros, embora se exceptue expressamente a legitimidade passiva daqueles cujo direito fundamenta a detenção, *in casu* o locador: cf., por exemplo, MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, *Cours de Droit Civil*, cit., p. 412; DUTILLEUL/ DELEBECQUE, *Contrats Civils et Commerciaux*, cit. p. 400, e FERID/SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, cit., pp. 214 e 675. Vide, actualmente, o art. 2278 (redacção da *Loi n.º 2008-561 du 17 juin 2008*).

²⁹³¹ DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel*, cit., Tome 1, Livre I, Titre IV, Section II, 11, p. 55: “*Après que le tems du loüage est expiré, le preneur doit remettre au bailleur la chose loüée, & payer le prix convenu au terme réglé*”. Isto sem prejuízo, evidentemente, da *reconduction* do contrato (que DOMAT analisa a propósito dos arrendamentos rurais: p. 58, n.ºs 7-9), sobre a qual remetemos também para JULIEN, *Éléments de Jurisprudence*, cit., p. 321 (Livre III, Titre III, XXXII): “*Le louage et le bail à ferme sont prorogés par la reconduction qui se fait, ou expressément par l’accord des parties, ou tacitement lorsque le locataire après la fin du bail demeure dans la maison louée, ou le fermier dans l’héritage affermé, sans que le propriétaire s’y oppose; on presume que les parties ont voulu continuer le bail pour l’année courante ...*”.

²⁹³² DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel*, cit., Tome 1, Livre I, Titre IV, Section III, 2, p. 56: *Si le preneur est expulsé par une éviction, le bailleur est tenu des dommages et interest pour l’interruption du bail*”.

maison loüée se trouve en avor besoin pour son propre usage, il peut obliger le locataire à la lui remettre, dans le tems qu'il sera arbitré par le juge"; "Le locataire est aussi obligé de vuidier la maison, si le propriétaire veut y faire des reparations (...) Mais si c'est sans necessité, il devra les dommages et & interêts que l'interruption du bail aura pû causer"; "Si le locataire ne paye pas le loyer, le propriétaire peut expulser par autorité de Justice, dans le tems qui sera arbitré par le Juge pour payer, ou sortir"; "Le locataire peut être aussi expulsé par autorité de la Justice, s'il use mal de la maison loüé, comme s'il la deteriore, s'il la mete n peril d'incendie (...) s'il y fait ou souffre quelque commerce illicite, ou en abuse autrement"²⁹³³.

POTHIER deu maior relevo ao direito costumeiro francês, que, em determinados aspectos, modificava as soluções romanas²⁹³⁴, em notório proveito do arrendatário.

O contrato de locação extinguiu-se "par l'expiration du temps por lequel il est fait", sem prejuízo da *tacite reconduction*²⁹³⁵, matéria que o Autor analisa pormenorizadamente, com frequente recurso aos direitos locais: ao abrigo de certos costumes, por exemplo, a *tacite reconduction* ocorria não apenas quando o arrendatário se mantivesse no gozo da coisa após o decurso do prazo, mas também se o senhorio não denunciasse previamente o contrato ("Quelques Coutumes font resulter une tacite reconduction, non-seulement de la continuation de la jouissance de la maison ou autre héritage depuis de l'expiration du bail, mais de cela seul qu'aucune des parties n'a dénoncé à l'autre avant l'expiration du bail, qu'elle n'entendait plus continuer la location ou conduction")²⁹³⁶. De resto, não era desconhecida a exigência de um pré-aviso de denúncia para se evitar a *reconduction*²⁹³⁷.

²⁹³³ DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel*, cit., Tome 1, Livre I, Titre IV, Section II, pp. 55-56, n°s 13, 14, 15 e 16.

²⁹³⁴ Vide GENIUS, *Der Bestandsschutz*, p. 205.

²⁹³⁵ POTHIER, *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 109, n° 308.

²⁹³⁶ POTHIER, *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 121, n° 353. De acordo com a recolha efectuada por ANTOINE LOYSEL, *Institutes Coutumières*, Tome I, nouvelle édition revue, corrigée et augmentée, Videcoq Père et Fils/Durand Libraire, Paris, 1846, Livre III, Titre VI, X, n° 481, p. 423, "Qui jouit et exploite un héritage après le terme fini, sans aucune dénonciation, peut jouir un ans après, à pareil prix que devant".

²⁹³⁷ Por exemplo, segundo os *Coutumes de Bourbonnais*, não se exigia qualquer aviso prévio, bastando que a denúncia fosse efectuada no último dia do prazo; já os costumes de Saint Flour e de Auxerre estipulavam, respectivamente, seis meses e quinze dias (POTHIER, *Traité du Contrat de Louage*, cit., n° 353, p. 121).

"Si celui qui a loüé, ou pris à loüage maison ou autres heritages, par aucun tems, ne declare avant ledit tems passé, qu'il ne veut plus que ladite location ou conduction dure ledit tems passé, elle est censée renouvelée pour un an seulement" (tenha-se presente que o termo *aucun* significava, em francês antigo, "qualquer"): cf. MATTHIEU AUROUX DES POMMIERS, *Coutumes Générales et Locales du Pays et Duché de Bourbonnais*, Partie I, Chez Le Breton Fils, Libraire, Paris, 1732, Titre XIII, Article CXXIV, p. 181.

No que tangia a resolução do contrato pelo locador, seguia-se, no essencial, o figurino de C.4,65,3: “*Lorsque la maison qui a été louée menace ruine, le propriétaire, qui a intérêt d’en prévenir la ruine pour conserver les matériaux, peut, pour la rebâtir, donner congé au locataire avant l’expiration du temps...*”²⁹³⁸ (reparações necessárias); “*C’est pareillement une raison de donner congé au locataire avant l’expiration du bail, lorsqu’il ne jouit pas de la maison comme il doit en jouir; s’il la dégrade et la détériore; s’il en fait un bordel; si d’une maison burgeoise il en fait un cabaret, un brellan, une forge, etc...*”²⁹³⁹ (mau uso da res); “*... le propriétaire ne devrait pas être indistinctement admis à déloger son locataire, mais seulement lorsqu’il paraîtrait que cette maison lui est nécessaire (...) si un propriétaire qui a loué sa maison se trouvait logé dans une autre (...) il ne devrait pas être admis à déloger son locataire, à moins qu’il ne fût survenu un changement dans son état...*” (despejo por necessidade para uso do senhorio)²⁹⁴⁰.

Mas POTHIER apresentava, a propósito do despejo para uso do imóvel pelo senhorio, “*Des tempéraments sous lesquels le propriétaire peut user de la loi Aede*”, nos quais aparecia novamente o filão do *droit coutumier*.

Como “*Premier tempérament*”, surgia a produção dos efeitos da extinção apenas no período contratual seguinte ao da declaração resolutiva (“*Le propriétaire qui veut venir occuper lui-même la maison qu’il a louée, ne peut donner congé à son locataire que pour le prochain terme*”)²⁹⁴¹. Exemplificava-se com os costumes de Orleães: havendo dois períodos de *délogement*, correspondentes a S. João e Natal, apenas poderia extinguir-se o arrendamento para S. João²⁹⁴².

O “*Second tempérament*” plasmava-se na exigência de um período cômpro de aviso antes do despejo, para que o arrendatário pudesse encontrar outra casa (“*Le*

“... est tenu le maître & locataire de la maison six mois avant ledit loüage fini, denoncer au conducteur qu’il se pourvoye d’autre: autrement est loisible audit conducteur la tenir l’année ensuivant pour le prix du premier loüage”: cf. os *Coutumes Locales des Prevotéz, Segneuriez et Châtellenies, Lieux et villages du haut País des montagnes d’ Auvergne – La Ville et Cité de Saint Flour située en país de Droit écrit*, Article III, in CLAUDE INACE PROHET, *Les Coutumes du Haut et Bas País d’Auvergne*, Chez Jean Baptiste Coignard, Paris, 1695, p. 82.

Vide, ainda, o Article CXLIX dos costumes de Auxerre, in EDME BILLON, *Coûtume du Comté et Bailliage d’Auxerre*, Chez Jean Guionard/Nicolas Le Gras/Guillaume Cavalier et Christophe David, Paris, 1693, p. 303: “... ne pourra le locateur en mettre hors le conducteur durant chacun desdits termes, s’il ne luy denonce qu’il se pourvoye & départe quinze jours devant le terme échú”.

Para mais informações sobre outros costumes locais, LOYSEL, ob. cit., nº 481, pp. 423-424.

²⁹³⁸ *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 320, p. 113.

²⁹³⁹ *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 322, p. 113.

²⁹⁴⁰ *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 329, p. 115.

²⁹⁴¹ *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 335, p. 117.

²⁹⁴² *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 335, p. 117.

propriétaire qui veut venir occuper la maison avant l'expiration du temps du bail, doit ordinairement en avertir le locataire dans un temps suffisant avant le prochaine terme, pour que le locataire puisse trouver à se pourvoir d'une autre maison)²⁹⁴³, remetendo-se para os usos da terra (*“On doit, à cet égard, suivre les usages des différents lieux”*)²⁹⁴⁴.

Constituía o *“Troisième tempérament”* uma indemnização do arrendatário no valor correspondente ao abatimento de seis meses de renda, o que fora outrora praticado em Châtelet de Paris e continuava a sê-lo em Orleães²⁹⁴⁵.

Na verdade, POTHIER, denotando plena influência jusracionalista, revela-se crítico deste fundamento de cessação do contrato, considerando-o uma decisão arbitrária e contrária ao direito natural: *“... la décision de la loi Aede est une décision que n'est pas fondée sur la raison naturelle et qui est purement arbitraire et contraire aux principes généraux”*²⁹⁴⁶.

Por força do direito consuetudinário, uma vez terminado o contrato, era concedido ao arrendatário um prazo de oito dias para desocupar o imóvel: *“Le temps du louage fini, le locataire a huit jours pour vuidier, après lesquels il y est contraint par execution et mise de ses meubles sur les carreaux”*²⁹⁴⁷. Se permanecesse para além dele, com consentimento do senhorio, haveria *tacite reconduction*.

Também no âmbito do *droit coutumier* francês, não se admitia a expulsão antecipada do arrendatário rural fora dos casos previstos, não sendo possível que o senhorio o despejasse mediante o pagamento de indemnização, num claro afastamento do direito romano: de acordo com MERLIN, mesmo os costumes que não permitiam a execução *manu militari* da obrigação de entrega da *res*, não admitiam que, iniciado o gozo, o *fermier* fosse arbitrariamente privado do prédio antes do fim do contrato (*“... dans le ressort même de ces coutumes, le fermier qui a une fois commencé a jouir, est fondé à se maintenir dans sa jouissance jusqu'à la fin du Bail”*)²⁹⁴⁸. Essa era, aliás, a jurisprudência do *Parlement de Flandres*, que, em decisão de 11 de Maio de 1700,

²⁹⁴³ *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 336, p. 117.

²⁹⁴⁴ *Traité du Contrat de Louage*, cit., nº 336, p. 117.

²⁹⁴⁵ *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 117, nº 337. Se os danos provocados ao arrendatário fossem superiores ao montante de seis meses de renda, *“... on renvoie par-devant des experts pour fixer le dédommagement”* – *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 117, nº 338.

²⁹⁴⁶ *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 164, nº 486.

²⁹⁴⁷ Cf. LOYSEL, *Institutes Coutumières*, cit., Livre III, Titre VI, XI, nº 484, p. 424. Ao abrigo de alguns costumes, o prazo era mais dilatado (loc. cit., em anotação).

²⁹⁴⁸ MERLIN, *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*, II, cit., *Bail*, § I, p. 391.

aplicou o costume de Tournai e recusou expressamente a um proprietário a expulsão do rendeiro antes do final do prazo contratual acordado, a troco de indemnização²⁹⁴⁹.

O *Code Civil* exigiria, para a extinção do contrato não reduzido a escrito, um pré-aviso de denúncia, conforme os usos locais (art. 1736²⁹⁵⁰). Nos contratos escritos, não era necessária qualquer denúncia, ocorrendo a cessão pelo decurso do prazo estabelecido (art. 1737²⁹⁵¹); contudo, a manutenção do arrendatário no prédio levava a uma *tacite reconduction*, considerando-se celebrado um novo contrato, sujeito ao art. 1736 (art. 1738²⁹⁵²). A *tacite reconduction* não se aplicava quando o senhorio já tivesse denunciado o arrendamento (art. 1739)²⁹⁵³.

A extinção antecipada fundamentava-se no incumprimento de obrigações (art. 1741²⁹⁵⁴), revestindo a resolução carácter judicial (art. 1184²⁹⁵⁵)²⁹⁵⁶. O que significava

²⁹⁴⁹ Sobre o ponto, cf. MERLIN, *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*, cit., *Bail*, § I, p. 391, e, especialmente, POLLET, *Arrests du Parlement de La Flandres*, cit., p. 248: como o artigo 6º dos costumes de Tournai apenas se referia aos arrendamentos de casas quando permitia a expulsão antecipada com um pré-aviso de seis semanas, e mediante indemnização, inferia-se solução diferente para os arrendamentos rurais, pois “*En quelque temps qu’on fasse sortir un Locataire (...) ses dommages et intérêts ne sont pas d’une grande discussion. Au lieu qu’on Fermier a des vaches, des cheveaux, des grains en herbe. Il doit vivre de son labour. Il est fort difficile qu’il trouve une outre ferme dans le temps de six semaines (...) De fort qu’il seroit obligé de vendre ses bestiaux, & ses grains en herbe (...) il ne pourroit obtenir la liquidation de ses dommages et intérêts, que par de longs & fraieus procès*”.

É neste respectivo que o referido aresto do *Parlement de Flandres* (apresentado por POLLET, *Arrests du Parlement de La Flandres*, cit., p. 249) denegou a pretensão do proprietário de um prédio rústico de exercer a faculdade prevista no art. 6º daquele costume.

²⁹⁵⁰ “*Si le bail a été fait sans écrit, l’une des parties ne pourra donner congé à l’autre qu’en observant les délais fixés par l’usage des lieux*”. Apesar dos intuitos uniformizadores do *Code*, preferiu-se remeter a matéria para os usos locais, aos quais as populações estavam muito apegadas: cf. o *Rapport fait par le Tribun Moricault*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., p. 329. Sobre o entendimento de que a referência a *sans écrit* significa falta de determinação de prazo, cf., por todos, DURANTON, *Cours de Droit Civil Suivant le Code Français*, Tome IX, 4ª edição, Societé Typographique Belge, Ad. Wahlen et Compagnie, Bruxelas, 1841, p. 240.

²⁹⁵¹ “*Le bail cesse de plein droit à l’expiration du terme fixé, lorsqu’il a été fait par écrit, sans qu’il soit nécessaire de donner congé*”.

²⁹⁵² “*Si, à l’expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s’opère un nouveau bail dont l’effet est réglé par l’article relatif aux locations faites sans écrit*”. Na base da *tacite reconduction* encontrava-se a presunção de que as partes queriam a continuação da locação (*Rapport fait par le Tribun Moricault*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., p. 330).

²⁹⁵³ “*Lorsqu’il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu’il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite reconduction*”. No fundo, a denúncia fazia cessar a presunção de que as partes queriam a continuação da locação: DURANTON, *Cours*, IX, cit., p. 241.

²⁹⁵⁴ “*Le contrat de louage se résout (...) par le défaut respectif du bailleur et du preneur, de remplir leurs engagements*”. V., igualmente, o art. 1729: “*Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail*”.

²⁹⁵⁵ “*La résolution doit être demandée en justice ...*”.

²⁹⁵⁶ GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage*, 1, cit., p. 448; DURANTON, *Cours*, IX, cit., p. 243; FERID/SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, cit., p. 522.

que C.4,65,3 deixava de ter aplicação, havendo que examinar quais as obrigações que impendiam sobre o arrendatário²⁹⁵⁷.

Assim, tal como o ALR (e como viria a suceder com vários códigos individualistas, designadamente o Código de Seabra), a codificação napoleónica não previu a necessidade do prédio para uso do senhorio como fundamento resolutivo: o art. 1761 afastava expressamente essa possibilidade, que tinha de ser convencionada pelas partes: “*Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu’il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s’il n’y a eu convention contraire*”²⁹⁵⁸.

Na base da mudança estava a dura crítica feita, *de iure constituendo*, por POTHIER, valorizando-se a estabilidade contratual²⁹⁵⁹. Depois das limitações dos *coutumes* e da censura do direito natural setecentista, a exclusão legislativa acabava por ser um corolário evolutivo.

Da conjugação deste conjunto de normas com a disciplina da realização coactiva da prestação do locador e da sua tutela possessória, conclui-se que o arrendatário não

²⁹⁵⁷ “*Pour connaître quand il se résout d’après le Code Napoléon on n’a qu’a voir dans ce titre quelles sont les obligations du bailleur et du preneur: le défaut respectif de les remplir résout le bail. In n’en était pas de même par les Lois Romaines, quoiqu’ la resolution eût lieu dans certains cas...*” – O. LE CLERCQ, *Le Droit Romain Dans Ses Rapports Avec le Droit Français et les Principes des Deux Legislations*, Tome VI, Chez Duvivier, Imprimeur-Librairie, Liège, 1811, p. 160.

²⁹⁵⁸ Sobre a estipulação em sentido contrário, cf. o art. 1762.

²⁹⁵⁹ Vide, v.g., JOUANNEAU/SOLON, *Discussions du Code Civil dans Le Conseil d’État: Précédées des Articles Correspondans du Texte et du Projet*, Tome II, Chez Demonville, Imprimeur-Libraire, Paris, An XIII, 1805, pp. 552-553 (“*M. TRONCHET répond que la loi Aede n’était fondée sur aucune raison solide (...) M. BIGOT-PRÉAMENEU dit que (...) que néanmoins il n’est point d’avis d’abroger les Lois Emptorem et Aede, qui ne peuvent se concilier avec l’équité et la foi due aux contrats*”); *Exposé de motifs de la loi relative au contrat de louage par le conseiller d’état Gally*, in *Code Napoléon, Suivi de l’Exposé des Motifs, Sur Chaque Loi*, Tome VI, Chez Firmin Didot, Libraire, Paris, 1808, p. 120, onde se segue TRONCHET (“...il y avait des très fortes raisons pour abolir une loi qui n’est fondée sur rien de solide”); na p. seguinte cita-se, *ipsis verbis*, a crítica de POTHIER); o *Rapport fait par le Tribun Moricault*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., p. 334 (“*Cette faculté du propriétaire rendait souvent illusoire un contrat qui ne doit pas plus que tout autre dépendre de la volonté d’une seule des parties: cette faculté pouvait mettre obstacle ou nuire à des établissemens utiles, qui, pour se former et s’étendre avec confiance, ont besoin d’être assurés d’une jouissance fixe et durable*”); LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 25, cit., pp. 486-487 (“*Pothier, malgré son respect pour les seigneurs d’hôtels, dit que cette faculté accordée aux propriétaires n’était pas fondée sur la raison naturelle, qu’elle était purement arbitraire et contraire aux principes généraux. Cela est si évident, que l’on a de la peine à comprendre qu’un pouvoir aussi exorbitant ait jamais été reconnu au bailleur. N’est-il pas de principe élémentaire que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qu’elles ont faites, et que, par suite, elles ne peuvent être invoquées que de leur consentement mutuel (art. 1134)? Y a-t-il une raison pour permettre au propriétaire de rompre, par sa seule volonté, un contrat par lequel il s’oblige à faire jouir le locataire?*”); L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage*, Tome 2, 2^a edição, G. Pedone Lauriel, Successeur, Paris, 1887, p. 61 (“*Admise dans notre ancien droit, cette exception si grave au principe du respect dû aux conventions était déjà critiquée par Pothier...*”); e E. GLASSON, *Éléments du Droit Français, Considéré dans ses Rapports Avec le Droit Naturel et l’Économie Politique*, I, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeur, G. Pedone Lauriel, Successeur, Paris, 1884, p. 594 (“*C’était mettre le locataire à la discrétion du locateur et permettre à celui-ci d’être tenu aucun compte de la parole donnée; le locataire, toujours menacé d’expulsion, ne pouvait se décider à fonder, dans les lieux loués, un établissement de quelque durée. Ces dispositions tout à fait arbitraires, contraires au droit naturel, ont été repoussées par le Code civil, à cause de la foi due aux contrats*”).

poderia ser expulso arbitrariamente antes do final do prazo acordado ou do decurso do período de pré-aviso de denúncia, tendo o direito de exigir o regresso ao prédio²⁹⁶⁰: a herança do *droit coutumier* sobrepunha-se ao direito romano.

3.3.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Não foi pela pena de DOMAT que a possibilidade de despejo pelo adquirente sofreu contestação, limitando-se o Autor a proceder a uma súmula da doutrina tradicional e ressaltando-se, somente, a obrigação que o comprador tivesse assumido de manter a detenção da coisa pelo arrendatário (cuja violação teria como sanção apenas o pagamento do *id quod interest*): “*Si le bailleur vende une maison, ou un autre heritage qu’il avoit loüé ou baillé à ferme, le baile est rompu par ce changement de propriétaire: & l’acheteur peut user et disposer de la chose comme bon lui semble; si ce n’est que le vendeur l’eût obligé a entretenir le bail. Mais si l’acheteur expulse le preneur, soit un fermier, ou un locataire, le bailleur est tenu des dommages et intérêts que cette interruption du bail aura pû causer*”²⁹⁶¹.

Com POTHIER algum influxo jusracionalista começa a penetrar, timidamente, a questão²⁹⁶². Como titular de um puro direito pessoal, o locatário não poderia opor a locação ao adquirente, restando-lhe, em caso de evicção, uma pretensão indemnizatória ante o locador – “...*le locataire ou fermier n’ayant aucun droit dans l’héritage (...) cet acheteur, ce légataire, ne seront point obligés de l’entretenir, à moins qu’ils ne l’aient approuvé au moins tacitement. Cela est conforme au principe de droit: Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit; [C.4,65,9] (...) Le fermier ou locataire n’a en ce cas qu’une action contre le locateur o uses héritiers qui sont tenus de ses dommages et interest resultant de l’inexécution de l’obligation du locateur*”²⁹⁶³.

²⁹⁶⁰ Assim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 208. Expressamente no mesmo sentido, quanto ao despejo fraudulento com o pretexto de necessidade do senhorio, V. MARCADÉ, *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*, Tome VI, 7ª edição, Delamotte et Fils, Éditeurs, Paris, 1875, p. 515: “*Le locataire expulsé aurait, dans ce cas, le choix ou de demander seulement des dommages-intérêts ou d’exiger sa rentrée dans les lieux avec dommages-intérêts encore*”.

²⁹⁶¹ DOMAT, *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel*, cit., Tome 1, Livre I, Titre IV, Section III, 4, p. 57.

²⁹⁶² Para uma análise do contributo deste Autor, cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 205-206.

²⁹⁶³ *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 101, n° 288.

A constituição de uma hipoteca, geral ou especial, não impedia o despejo pelo adquirente, uma vez que não traduziria qualquer obrigação do sucessor a título singular, mas apenas o direito do locatário se ressarcir pela inexecução do contrato: “*L’ une et l’ autre ne donne au conducteur que le droit de se venger de l’héritage, pour le paiement des dommages et intérêts résultants de l’inexécution du bail; mais elles ne peuvent obliger personnellement le successeur à titre singulier à entretenir le bail ...*”²⁹⁶⁴.

Para POTHIER, a manutenção da detenção seria alcançada, sim, através de cláusula inserida no contrato de alienação, pela qual o adquirente se comprometeria a não despejar o arrendatário (como em C.4,65,9): “*Le principe que le successeur à titre singulier n’est pas tenu d’entretenir le bail de l’héritage fait par son auteur, reçoit quelques exceptions ou limitations. La première est, lorsque le successeur a aquis du locateur l’héritage à la charge d’entretenir le bail. Cette exception se trouve dans la loi Emptorem...*”²⁹⁶⁵. Apesar de o Autor não reconhecer a figura geral do contrato a favor de terceiro²⁹⁶⁶, o locador teria interesse no seu cumprimento, nos termos definidos em D.45,1,38,20²⁹⁶⁷: “*On ne peut opposer contre la validité de cette convention la règle de droit: Nec pasciendo (...) car cette règle n’a lieu que lorsque que je n’ai moi-même aucun intérêt à la chose que je stipule por una utre; mais lorsque j’y ai intérêt, la conventio est valable: Si stipuler alii (...) Or le locateur qui vend son héritage a grand intérêts que l’acheteur entretienne le bail, puisque sans cela il serit tenu des dommages et intérêt du fermier ou locataire (...) Cette obligation personelle qu’il contracte d’entretenir le bail, le rend non recevable à demander que le fermier ou locataire quitte l’ occupation de cet héritage*”²⁹⁶⁸.

A “equidade natural” e a “lei da caridade” para com os outros homens surgiam em POTHIER como fonte da concessão de um prazo de desocupação após a expulsão pelo adquirente (até ao final do ano em curso): “*...le successeur à titre singulier, qui n’a pas été chargé de l’entretien du bail, doit au moins laisser louir le fermier ou le*

²⁹⁶⁴ *Traité du Contrat de Louage*, cit., n° 291, p. 103.

²⁹⁶⁵ *Traité du Contrat de Louage*, cit., n° 292, p. 103.

²⁹⁶⁶ “*Il est evidente que vous n’en contractez aucune envers ce tier: car c’est un principe, «que les conventions ne peuvent avoir d’effet qu’entre les parties contractantes», et qu’elles ne peuvent par consequente acquérir aucun droit à un tiers qui n’y était pas partie*” – ROBERT JOSEPH POTHIER, *Traité des Obligations*, in “Oeuvres de Pothier”, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome II, Cosse et N. Delamotte /Videcoq Père et Fils, Paris, 1848, p. 32, n° 54. Sobre o ponto, cf. HALLEBEEK/DONDORP, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, cit., p. 112.

²⁹⁶⁷ Recorde-se o exposto, *supra*, I.4.2.

²⁹⁶⁸ *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 103, n° 292.

locataire pendant l'année courante, en se contentant de la ferme ou loyer, et ne pas l'expulser en sur-terme. D'ou, dira-t-on, peut naître cette obligation du successeur? (...) La réponse est que toute les obligations ne naissent pas des contrats: il y en a qui sont formées par la seule équité naturelle (...) et par la loi de la charité que les hommes doivent avoir les uns pour les autres, laquelle ne permettent pas qu'en usant à la rigueur de tout notre droit, nous causions a un autre homme un grande prejudice que nous puvons lui éviter sine nostro magno dispendio. C'est en conséquence de cette loi d'équité et de charité qu'un nouveau propriétaire ne doit pas déloger en sur-terme un fermier ou locataire, lorsqu'il n'a pas besoin de la maison pour lui-même"²⁹⁶⁹.

Em rigor, o apelo à *équité naturelle* e à *loi de la charité* revestia de roupagens jusnaturalistas soluções não inteiramente inovadoras: recorde-se, com GENIUS²⁹⁷⁰, que o direito consuetudinário francês já impunha, a favor do arrendatário, um período de dilação para a restituição do imóvel após o termo do contrato²⁹⁷¹.

Mas a solução da permanência da detenção do locatário perante a alienação da *res* já tinha algumas raízes no ordenamento francês²⁹⁷². Ela era consagrada, nomeadamente, pelos Estatutos de Hainaut, que, no silêncio das partes, equiparavam as transmissões a título singular e universal: “ *Les acheteurs des biens baillez à loüage, seront tenus comme tous heritiers, de laisser parfaire aux loüagers le terme de leur cense, combien qu'en leur rachapt de ce n'en soit faite aucune mention*”²⁹⁷³.

Será nesta matéria que o *Code* mais se afastará da herança do direito romano e da elaboração dogmática anterior.

As alterações legislativas subsequentes à queda do Antigo Regime ofereceriam um primeiro ensejo de mudança: em 1791, a *loi 28 septembre-6 octobre (Décret concernat les biens et usages ruraux et la police rurale)*²⁹⁷⁴, emanada da *Assemblée Nationale Constituante*, limitou fortemente a possibilidade de despejo pelo adquirente de prédios agrícolas arrendados²⁹⁷⁵.

²⁹⁶⁹ *Traité du Contrat de Louage*, cit., p. 105, n° 297.

²⁹⁷⁰ Ob. cit., p. 206.

²⁹⁷¹ LOYSEL, *Institutes Coutumières*, cit., p. 424.

²⁹⁷² Cf. MERLIN, *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*, II, cit., *Bail*, § III p. 391, e GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 71-72, especialmente a nota 50 desta página.

²⁹⁷³ Vide FORTIUS, *Les Chartes Nouvelles du Pays et Comté de Hainau*, nouvelle edition, Chez Gaspard Migeot, Imprimeur et Libraire, Mons, 1735, Chapitre CXVII, XV, p. 338.

²⁹⁷⁴ In J. B. DUVERGIER, *Collection Complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements et Avis du Conseil d'État (...) de 1788 à 1824*, Tome III, Chez A. Guyot et Scribe, Libraires-Éditeurs, Paris, 1824, pp. 430 e ss..

²⁹⁷⁵ MERLIN, *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*, II, cit., *Bail*, § III, p. 391; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 208.

Nos termos do art. 2 da Section II (*Des baux des biens de campagne*) do Titre I^{er} (*Des biens et usages ruraux*), os contratos celebrados futuramente por um prazo até seis anos, na falta de cláusula oposta, apenas poderiam ser denunciados pelo adquirente mediante acordo: “*Dans un bail de six années ou au-dessous, fait après la publication du présent décret, quand il n'y aura pas de clause sur le droit du nouvel acquéreur à titre singulier, la résiliation du bail, en cas de vente du fonds, n'aura lieu que de gré à gré*”²⁹⁷⁶.

Tratando-se de contratos com prazo de duração superior a seis anos, o art. 3 permitia a *résiliation* se o novo proprietário pretendesse cultivar o prédio, mediante pré-aviso de um ano e com obrigação de pagamento de indemnização por aquilo que o arrendatário poderia ter retirado da sua actividade agrícola até o termo do contrato, bem como por benfeitorias (“*Quand il n'y aura pas de clause sur ce droit dans les baux de plus de six années, en cas de vente du fonds, le nouvel acquéreur à titre singulier pourra exiger la résiliation, sous la condition de cultiver lui-même sa propriété, mais en signifiant le congé au fermier au moins un an à l'avance, pour qu'il sorte à pareils mois et jours que ceux auxquels le bail aurait fini, et en dédommageant au préalable ce fermier, à dire d'experts, des avantages qu'il aurait retirés de son exploitation ou culture continuée jusqu'à la fin de son bail, d'après le prix de la ferme, et d'après les avances et les améliorations qu'il aura faites à l'époque de la résiliation*”)²⁹⁷⁷. A influência do pensamento de POTHIER surge, aqui, notória.

É neste contexto que o art. 1743 do *Code* estenderá a todos os arrendamentos a proibição de expulsão do arrendatário pelo comprador, salvo cláusula em contrário: “*Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail*”. Efectivamente, os trabalhos preparatórios mostram que o diploma de 1791 constituiu o precedente seguido pelo *Code* – “*Le bail pourra-t-il être rompu par la vente? L'acquéreur pourra-t-il expulser le fermier ou le locataire? Le droit romain n'avait vu que le droit de propriété. Une loi de l'Assemblée Constituante*

²⁹⁷⁶ DUVERGIER, *Collection Complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements et Avis du Conseil d'État (...) de 1788 à 1824*, Tome III, cit., p. 430.

²⁹⁷⁷ DUVERGIER, *Collection Complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements et Avis du Conseil d'État (...) de 1788 à 1824*, Tome III, cit., pp. 430-431.

*avait admis une exception en faveur des baux des biens ruraux (...) Il fallait compléter la réforme*²⁹⁷⁸.

Em nossa opinião, uma análise da gênese da norma revela que a sua solução se escorou na experiência do *ancien droit* (que, como há pouco se observou, não desconhecia a subsistência da detenção do arrendatário), com o objectivo de tutelar os valores da justiça e da estabilidade contratuais²⁹⁷⁹.

Na discussão realizada no *Conseil d'État*, TRONCHET afirmará que a diferença de tratamento entre sucessão a título singular e sucessão a título universal implicada em C. 4,65,9, tendo fundamento objectivo, não passava de uma subtileza: “*M. TRONCHET répond (...) que la loi Emptorem avait un motif mais qui n'était après tout qu'une subtilité: l'acquéreur, disait-on, n'étant que successeurs a titre singulier, ne doit pas, comme le successeur à titre universel, être tenu des engagements personnels de son auteur*”²⁹⁸⁰.

Ora, sabendo-se que TRONCHET representou a tradição *coutumière* no seio da Comissão de redacção²⁹⁸¹, poder-se-á concluir, respigando as palavras de GROSSI, que “*gli stessi compilatori del Code Civil, il quali ormai, sensibili alle nuove istanze regionali, non si peritano ad affermare che il vecchio principio del diritto romano e del diritto comune «n'était après tout qu'une subtilité»*”²⁹⁸².

Por seu turno, e certamente não por coincidência, o outro redactor tributário dos quadros do *droit coutumier*, BIGOT-PRÉAMENEU²⁹⁸³, atacará de modo ainda mais aceso, no *Conseil d'État*, as bases da disciplina romana, por serem inconciliáveis com a equidade e a confiança contratual: “*M. BIGOT-PRÉAMENEU dit que le droit nouveau diminuera un peu la valeur des biens (...) mais que néanmoins il n'est point d'avis d'abroger les Lois Emptorem et Aede, qui ne peuvent se concilier avec l'équité et la foi due aux contrats*”²⁹⁸⁴.

²⁹⁷⁸ *Discussions Devant le Corps Législatif – Discours Prononcé par le Tribun Jaubert*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., p. 352, p. 160. Vide, ainda, MARCADÉ, *Explication*, cit., p. 504 (“*Notre art. 1743 (...) a eu pour but de compléter la réforme commencée par l'Assemblée constituante dans la loi du 28 septembre-6 octobre 1791*”), e GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 210.

²⁹⁷⁹ Neste preciso sentido, GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 71-72.

²⁹⁸⁰ JOUANNEAU/SOLON, *Discussions du Code Civil dans Le Conseil d'État*, cit., p. 552.

²⁹⁸¹ A linha romanista tinha como rostos PORTALIS e MALEVILLE (embora as separações não fossem estanques). Cf., v.g., CAVANNA, *Storia*, II, cit., p. 557.

²⁹⁸² *Locatio ad Longum Tempus*, cit., p. 72.

²⁹⁸³ De novo, CAVANNA, *Storia*, II, cit., p. 557.

²⁹⁸⁴ JOUANNEAU/SOLON, *Discussions du Code Civil dans Le Conseil d'État*, cit., pp. 552-553.

O *Rapport fait par le Tribun Moricault* ainda se abalançou numa explicação teórica ligada à regra *nemo plus iuris*, próxima da que fora seguida por HERMANN ZOLL: “*N’est il donc pas de principe qu’on ne peut transmettre à autrui plus de droit qu’on n’en a soi-même?*”²⁹⁸⁵. Mas a sua insubsistência dogmática não deixou de ser apontada: não se tratava apenas de uma questão de não transmissão de direitos, mas da transmissão dos direitos e obrigações que pendiam sobre o alienante ao abrigo do contrato: “... *les opinions émises par les orateurs chargés d’exposer les motifs du projet de code civil ne doivent être acceptées que lorsqu’elles sont conformes aux principes (...)* Dans l’ancien droit, l’acquéreur pouvait expulser le preneur, à moins qu’il ne se fût engagé à entretenir le bail: dans ce cas, il était subrogé aux droits et aux obligations (...) On doit donc admettre que la loi y attache la même signification que celle qu’on lui donnait dans l’ancienne jurisprudence, c’est-à-dire que l’acquéreur succède au bailleur (...) Cela implique qu’il avait les droits de son vendeur, mais que ses droits n’étaient pas plus étendus que les siens; ce qui signifie, en d’autres termes, qu’il est aussi tenu de ses obligations”²⁹⁸⁶.

O art. 1743 constituiu, pois, um “*corpo estranho*” enxertado numa disciplina obrigacional, em obediência a interesses de índole político-social²⁹⁸⁷.

O requisito de um “*bail authentique ou dont la date est certaine*” (ou seja, o contrato deve ser celebrado através de documento autêntico ou com data certificada) é interpretado em conjugação com o art. 1328²⁹⁸⁸ e visa prevenir a fraude de uma antedatção (“*antidate*”)²⁹⁸⁹. A legislação vinculística e o seu carácter de ordem pública levam a que se faça uma redução do campo de aplicação do art. 1743 quando este possa pôr em causa o direito de permanência do arrendatário nas dependências locadas²⁹⁹⁰.

²⁹⁸⁵ In FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, cit., p. 342.

²⁹⁸⁶ LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 25, cit., pp. 436-437.

²⁹⁸⁷ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 210-211. A problemática em torno do art. 1743 mostra a relatividade das categorias conceituais de direito real e de direito de crédito (assim, MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, *Cours de Droit Civil*, cit., p. 371).

²⁹⁸⁸ “*Les actes sous seing privé n’ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l’un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d’inventaire*”.

²⁹⁸⁹ Cf., por exemplo, LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 25, cit., p. 431, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 209, MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, *Cours de Droit Civil*, cit., p. 396, e DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats Civils et Commerciaux*, cit. p. 396.

²⁹⁹⁰ MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, *Cours de Droit Civil*, cit., p. 396; DUTILLEUL/DELEBECQUE, *Contrats Civils et Commerciaux*, cit. p. 396, nota 6.

3.4 – O Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (1811)²⁹⁹¹

3.4.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Segundo o § 1096 ABGB (“*Die Vermiether und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten...*”), a entrega da coisa locada é o primeiro dos deveres a cargo do locador²⁹⁹².

Ora, nos termos do § 1412 (“*Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, das ist, durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöst (§. 469)*”), o credor tem o direito à realização da prestação em espécie, entendendo-se que o termo *Zahlung* (pagamento) compreende o cumprimento *in natura* cujo objecto é diferente de dinheiro²⁹⁹³. O locatário pode, portanto, exigir o gozo da *res*, não ficando limitado a uma indemnização por inadimplemento se aquele não for proporcionado.

3.4.2 – A tutela possessória do locatário

O § 309 ABGB correspondia à solução romana de distinção entre *nuda detentatio* e *possessio*, colocando a tónica na intenção de o possuidor conservar a *res* como própria (“*Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer*”)²⁹⁹⁴. Obviamente que o preceito não atribuía a posse ao locatário, que era considerado um mero detentor de coisa alheia, como comentava ZEILLER: “*So ist ... ein ... Miether der fremden Sache ein bloßer Inhaber*”²⁹⁹⁵.

²⁹⁹¹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Aus der K. K. Hof und Staatsdruckerey Wien, 1811. A propósito do ABGB (codificação que não teve os laivos de “paternalismo” dirigista do ALR e cujo conteúdo foi marcado pelo jusracionalismo setecentista e pelos direitos territoriais austríacos, que unificou), *vide*, apenas numa perspectiva exemplificativa, MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 179-180, WIEACKER, *História*, cit., pp. 381 e ss., WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit. 255 e ss., CARONI, *Lecciones de Historia de la Codificación*, cit., pp. 74 e ss..

²⁹⁹² Cf. FRANZ VON ZEILLER, *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, III-2, Geistingers Verlagshandlung, Wien und Triest, 1813, ad § 1096, p. 405.

²⁹⁹³ FRANZ VON ZEILLER, *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, IV, Geistingers Verlagshandlung, Wien und Triest, 1813, ad § 1412, pp. 115-116; MARC-PHILIPPE WELLER, *Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, p. 346.

²⁹⁹⁴ BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 458; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 198-199.

²⁹⁹⁵ *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, II-1, Geistingers Verlagshandlung, Wien und Triest, 1812,

Mas o código civil austríaco tutelou amplamente a posse de direitos²⁹⁹⁶. Segundo o § 311, todas as coisas corpóreas e incorpóreas que estejam no comércio jurídico podem ser objecto de posse (“*Alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden*”), estabelecendo o § 292 que todos os direitos estão englobados na categoria das coisas incorpóreas (“*Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen; sonst heißen sie unkörperliche; z. B. das Recht zu jagen, zu fischen und alle andere Rechte*” – sublinhado nosso).

A posse de coisas incorpóreas e de direitos adquire-se pelo respectivo gozo em nome próprio (§ 312, *in fine*: “*In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen*”) e, por seu turno, existe o gozo de um direito quando alguém, devidamente autorizado, aplica coisa alheia ao seu próprio uso (§ 313: “*Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht (...) wenn jemand die einem Anderen gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet*”).

Deste acervo normativo resulta que, a partir do momento em que começa a usar a *res* locada, o locatário é possuidor²⁹⁹⁷. Pode, então, exercer contra o locador e contra terceiros a tutela possessória²⁹⁹⁸, plasmada, nomeadamente, nos §§ 339 (direito de pedir judicialmente a cessação da perturbação da posse e a indemnização de danos causados)²⁹⁹⁹ e 346 (direito de exigir judicialmente a restituição da posse e eventual indemnização contra o *unechten Besitzer* que a tenha esbulhado)^{3000 3001}.

A isso não obstava certa interpretação de que os créditos não podiam ser objecto de posse, dado o seu exercício não ser duradouro: reconhecia-se que o direito a uma

ad § 309, n° 3, p. 40. Cf., igualmente, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 199, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 51.

²⁹⁹⁶ Cf., por exemplo, WESENER, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, cit., p. 187, e *Zur Bedeutung des Usus modernus pandectarum für das österreichische ABGB*, cit., p. 577.

²⁹⁹⁷ Vide BRUNS, *Das Recht des Besitzes*, cit., p. 458; RANDA, *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, cit., § 24, p. 654, especialmente nota 45, e 658; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 199; WESENER, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, cit., p. 187; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 51.

²⁹⁹⁸ WESENER, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, cit., p. 187, nota 4, com indicações jurisprudenciais.

²⁹⁹⁹ “*Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit seyn, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern*” (sublinhado nosso).

³⁰⁰⁰ “*Gegen jeden unechten Besitzer kann so wohl die Zurücksetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden. Beydes muß das Gericht nach rechtlicher Verhandlung, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, welches der Geklagte auf die Sache haben könnte, verordnen*”.

³⁰⁰¹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 199; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 51.

omissão ou tolerância continuadas do devedor (como a do locador face ao locatário) era uma exceção³⁰⁰².

3.4.3 – A extinção do contrato pelo locador

Os contratos celebrados com determinação do prazo de duração extinguíam-se pelo decurso deste, nos termos do § 1113 ABGB³⁰⁰³, não sendo necessário um acto de denúncia (“*So bald die Dauerzeit ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, bedarf es keine Aufkündigung*”)³⁰⁰⁴. A regra era, desta guisa, a de que não podiam ser antecipadamente extintos – e, conseqüentemente, a *Aufkündigung* era supérflua para eles, como também expunha ZEILLER: “*Wenn die Dauer eis Bestandvertrages ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, so kann in der Regel (§§ 1117. u. 1118) vor der Zeit nicht aufgekündigt werden, und bis zum Ablauf der Zeit ist die überflüssig...*”³⁰⁰⁵.

A denúncia era necessária, sim, como forma de cessação dos contratos cuja duração não fosse expressa ou tacitamente fixada, dependendo de um pré-aviso (“*In so fern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich, noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, muß derjenige, welcher den Vertrag aufheben will, dem Andern die Pachtung sechs Monathe; die Miethung einer unbeweglichen Sache vierzehn Tage; und einer beweglichen vier und zwanzig Stunden vorher aufkündigen, als die Abtretung erfolgen soll*” – § 1116 ABGB)³⁰⁰⁶.

³⁰⁰² Sobre o ponto, v.g., LUDWIG ARNDTS, *Die neuesten Versuche deutscher Civilgesetzgebung*, 2, in “*Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”, vol. I, Munique, 1853, p. 358, JOSEF KRAINZ, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, *Der allgemeine Theil und das Sachenrecht*, 3ª edição, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1889, § 170, pp. 487-488, e RANDA, *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, cit., p. 658. Nos dias de hoje, WESENER, *Zur Bedeutung des Usus modernus pandectarum für das österreichische ABGB*, cit., p. 577.

³⁰⁰³ “*Der Bestandvertrag erlischt auch durch den Verlauf der Zeit, welcher ausdrücklich oder stillschweigend, entweder durch den nach einem gewissen Zeitraume ausgemessenen Zins, wie bey so genannten Tag- Wochen- und Monathzimmern, oder durch die erklärte, oder aus dem Umständen hervorleuchtende Absicht des Bestandnehmers bedungen worden ist*”.

³⁰⁰⁴ ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad § 1113, nº 4, p. 440. Cf., também, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 200, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 33.

³⁰⁰⁵ *Commentar*, III-2, cit., ad § 1116, nº 1, p. 446.

³⁰⁰⁶ Se a duração do contrato não fosse determinada expressa ou tacitamente, ou por preceitos especiais, o contraente que quisesse a sua extinção deveria fazê-lo com uma antecedência de seis meses na locação de coisas frutíferas (*maxime* os arrendamentos rurais), de catorze dias na locação de imóveis e de vinte e quatro horas na locação de coisas móveis.

O locador podia, a título excepcional, extinguir antecipada e unilateralmente o negócio (mesmo o celebrado com prazo determinado), nos termos do § 1118³⁰⁰⁷, quando o arrendatário fizesse, em medida apreciável, um uso reprovável da coisa (“*Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachtheiligen Gebrauch davon macht*”), se não pagasse atempadamente a renda após uma interpelação admonitória e tal implicasse, aquando do decurso do prazo, que a renda não teria sido totalmente paga (“*wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termines den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat*”), ou quando o prédio tivesse de ser reconstruído (“*oder, wenn ein vermietetes Gebäude neu aufgeführt werden muß*”). Especificava-se que o arrendatário não era obrigado a aceitar obras que visassem aumentar a utilidade da coisa mas que o prejudicassem, ao contrário do que se passava com as reparações necessárias (“*Eine nützlichere Bauführung ist der Miether zu seinem Nachtheile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber nothwendige Ausbesserungen*”).

Tal como haviam feito o ALR e o *Code Civil*, e sob indisfarçável influência juracionalista, não se previa a resolução com fundamento na necessidade do senhorio para uso próprio³⁰⁰⁸. Nas palavras de ZEILLER, “*Zum eigenen Gebrauche gestattet das Gesetz dem Bestandgeber den Widerruf eben sowenig, als dem Verleiher (§ 976)*” (“Tão-pouco pode o concedente do gozo revogá-lo para o seu próprio uso, tal como o comodante – § 976”)^{3009 3010}. O raciocínio seguia a exposição do Autor no âmbito do direito natural³⁰¹¹.

O despejo pela força é vedado pelo § 19 ABGB, que proíbe a justiça privada³⁰¹², e a sua ocorrência permite ao arrendatário (que, recorde-se, é “*Rechtsbesitzer*”) o

³⁰⁰⁷ Cf., de novo, ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad § 1116, n° 1, p. 446, onde se ressalva a excepção. Vide, outrossim, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 200, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 34.

³⁰⁰⁸ Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 200, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 34.

³⁰⁰⁹ ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad § 1118, n° 4, p. 451.

³⁰¹⁰ Na falta de acordo em contrário, o § 976 ABGB impede ao comodante, antes do termo do contrato, a recuperação da coisa com fundamento na necessidade indispensável que dela tenha (“*Wenn gleich die verlehnte Sache vor Verlauf der Zeit und vor geendigtem Gebrauche dem Verleiher selbst unentbehrlich wird; so hat er ohne ausdrückliche Verabredung doch kein Recht, die Sache früher zurück zu nehmen*”).

³⁰¹¹ Recorde-se ZEILLER, *Das natürliche Privat-Recht*, cit., §§ 134 e 123, pp. 178 e 165 (*supra*, II.2.4).

³⁰¹² “*Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu seyn erachtet, steht es frey, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Wer sich aber mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hülfe bedient, oder, wer die Gränzen der Nothwehre überschreitet, ist dafür*

recurso aos meios de defesa possessória, já que a ninguém é permitido perturbar o livre exercício da posse sem autorização do possuidor ou ordem judicial. Nesse sentido, podemos citar novamente ZEILLER (“*Niemand darf sich, ohne Gestattung der Besitzers oder der Richters, eigenmächtig einer Handlung, wodurch der Besitzer in der freyen Aüsbung seines Rechts eingeschränkt oder gekränket würde, anmassen...*”)³⁰¹³, que reafirmava neste campo a ilicitude da autotutela de quem turbava a posse, causando danos à pessoa e ao património do possuidor (“*Der Privat-Gewalt oder Selbsthülfe ist widerrechtlich (§ 19), und macht also den Besitzstörer, ob er gleich in der Folge seu Recht, das er ausübte, zu beweisen fähig wäre, für den dem Besitzer an der Person oder am Vermögen verursachten Schaden...*”)³⁰¹⁴.

3.4.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Apesar do papel desempenhado na sua génese por MARTINI e FRANZ VON ZEILLER³⁰¹⁵ (juristas que defenderam, à luz do direito natural, a solução contrária à do direito romano-canónico)³⁰¹⁶, o ABGB não seguiu os passos do ALR ou do código francês e, pragmaticamente, evitou desvios bruscos da tradição jurídica do *ius commune*³⁰¹⁷.

Com efeito, o § 1120 ABGB legitimava o adquirente a proceder à extinção do contrato de locação, embora mediante um aviso prévio e sem prejuízo da indemnização a que o locador estava obrigado pelo não cumprimento da obrigação de proporcionar o gozo durante todo o período convencionado: “*Hat der Eigenthümer das Bestandstück an einen Andern veräußert, und ihm bereits übergeben; so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§. 1095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern*” (“[s]e o proprietário alienou e entregou a

verantwortlich”: aquele que se sentir lesado nos seus direitos deve recorrer às autoridades para tal determinadas por lei; aquele que recorrer à autotutela ou ultrapassar os limites da legítima defesa responde por isso.

³⁰¹³ ZEILLER, *Commentar*, II-1, cit., ad § 339, nº 2, p. 86.

³⁰¹⁴ ZEILLER, *Commentar*, II-1, cit., ad § 339, nº 2, p. 86. Veja-se, ainda, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 200.

³⁰¹⁵ Vd., por exemplo, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 256, e WIEACKER, *História*, cit., p. 382.

³⁰¹⁶ *Supra*, II.2.3.1.

³⁰¹⁷ Cf. as considerações tecidas por GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 202.

outrem a coisa, o locatário cujo direito não foi registado (§ 1095) tem de a abandonar depois da denúncia efectuada nos termos legais pelo novo possuidor. Mas está legitimado a exigir ao locador uma compensação pelos danos sofridos e lucros cessantes”)³⁰¹⁸.

Assim, e sem surpresas, o regime era justificado pelo carácter puramente pessoal do direito do locatário, oponível apenas ao locador: “... *hat der Bestandnehmer bloß ein persönliches Recht gegen der Bestandgeber...*”³⁰¹⁹.

A denúncia com aviso prévio era disciplinada, como sabemos³⁰²⁰, pelo § 1116 ABGB, respeitante aos contratos celebrados sem duração determinada. Logo, era esse inciso que regulava a denúncia pelo adquirente, como apontava ZEILLER: “*Doch muß dieser [o “Dritten Besitzer”, isto é, o terceiro possuidor] die gesetzliche Aufkündigung (§. 1116) beobachten*”³⁰²¹.

Isto significava que o contrato celebrado por tempo determinado, ao ser denunciado pelo adquirente, se convertia num contrato sem prazo de duração – e como tal era extinto³⁰²². Já o locatário que tivesse concluído um contrato sem determinação de prazo não sofria qualquer alteração da sua posição, excepto se o aviso prévio que decorria do regime supletivo do § 1116 fosse inferior àquele que as partes eventualmente tivessem acordado (algo que, como é evidente, não produzia efeitos em relação a um terceiro como o comprador)³⁰²³.

Para tornar oponível a locação ao adquirente, o ABGB consagrava a figura da inscrição do contrato no registo: recorde-se a remissão do § 1116 para o § 1095. Segundo esta disposição, “*Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß*” (“Quando um contrato de locação é inscrito no registo, o direito do locatário é considerado um direito real, o qual deve ser respeitado pelo sucessor da posse durante o restante período”).

³⁰¹⁸ Sublinha-se que era necessária a entrega da coisa ao adquirente: GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., pp. 200-201.

³⁰¹⁹ ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad §1120, nº 1, p. 453.

³⁰²⁰ *Supra*. II.3.4.3.

³⁰²¹ ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad §1120, nº 1, p. 453 (“Contudo, deve este observar a denúncia legal (§ 1116)”).

³⁰²² GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 201; WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 70.

³⁰²³ *Vide*, de novo, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 201, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 70.

Portanto, se o contrato de locação fosse inscrito no registo antes da inscrição do contrato de alienação, a coisa locada só seria recebida pelo adquirente sujeita a tal oneração, nos termos do § 443 ABGB^{3024 3025}.

A restrição da inscrição no registo não se aplicaria – e, em consequência, vigorava plenamente o regime do § 1120³⁰²⁶ – quando a transmissão fosse judicial, conforme dispunha o § 1121 (“*Bey einer nothwendigen, gerichtlichen Veräußerung muß der Bestandnehmer selbst in dem Falle, daß sein Recht als ein dingliches Recht eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen. Nur in Rücksicht auf die Entschädigung bleibt ihm sein Vorzugsrecht vorbehalten*”)³⁰²⁷. A solução explicava-se pela defesa dos interesses dos credores³⁰²⁸, numa clara escolha de índole jurídico-política também presente no ALR (I 21 § 350)^{3029 3030}.

³⁰²⁴ Nestes exactos termos, ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad §1120, nº 2, p. 453, “*Ist aber der Bestandvertrag früher, als der Veräußerungsvertrag (...) in das öffentliche Buch eingetragen worden, so kann das Bestandgut nur mit der darauf haftenden Last übernommen werden (§ 443)*”.

³⁰²⁵ § 443: “*Mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit. Andere Forderungen und Ansprüche, die jemand an den vorigen Eigenthümer hat, gehen nicht auf den neuen Erwerbe über*” (“*Os encargos que recaem sobre coisas imóveis serão recebidos com o direito de propriedade quando inscritos no registo. Quem não consultar o registo sofrerá os prejuízos da sua negligência. Outros créditos e pretensões que alguém tenha em relação ao proprietário não são oponíveis ao novo adquirente*”).

³⁰²⁶ ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad §1121, p. 454.

³⁰²⁷ “*Se a transmissão for judicial, o locatário deve ceder perante o novo comprador, ainda que o seu direito tenha sido inscrito no registo como um direito real. Apenas manterá um direito com prioridade no que respeita à compensação*”.

³⁰²⁸ ZEILLER, *Commentar*, III-2, cit., ad §1121, p. 454.

³⁰²⁹ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 204.

³⁰³⁰ O § 1120 ABGB perdeu considerável parte da sua importância devido à panóplia de normas protecionistas que, mais tarde, limitou fortemente o direito de extinção do contrato de arrendamento pelo senhorio (nomeadamente, o direito de livre denúncia consagrado pelo § 1116). Cf., a este propósito, HEINZ BARTA, *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Teil 1, WUV Universitätsverlag, Viena, 2004, p. 403, e a p. 26 do relatório sobre o direito austríaco, apresentado no âmbito do projecto “*Tenancy Law and Procedure in the EU*” por BRIGITTA LURGER/ANDREA HABERL/CLEMENS WASS, obtido a partir de <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/TenancyLawProject/TenancyLawAustria.pdf>.

Por outro lado, a *Novelle* de 1916 (sobre a revisão do ABGB por três novelas parciais, entre 1907 e 1916, vide WIEACKER, *História*, cit., p. 383) alterou o § 1121, que passou a considerar a locação inscrita no registo como uma servidão (“*Bei einer zwangsweisen gerichtlichen Veräußerung ist das Bestandrecht, wenn es in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, gleich einer Dienstbarkeit zu behandeln. Hat der Ersterer das Bestandrecht nicht zu übernehmen, so muß ihm der Bestandnehmer nach gehöriger Aufkündigung weichen*”). Cf. GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 204, nota 110, Autor que aí vislumbra mais um sinal de aproximação da locação aos direitos reais.

3.5 – O Código Civil Português (1867)³⁰³¹

3.5.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Não obstante as Ordenações Filipinas (4,2 pr.) prescreverem que o vendedor “*será obrigado a entregar a coisa vendida*”³⁰³², o direito português das vésperas do primeiro Código Civil ainda era profundamente marcado pelo brocardo “*nemo potest praecise cogi ad factum*”.

Vimos que MELLO FREIRE se manteve fiel à regra da condenação pecuniária para as obrigações de prestação de facto³⁰³³. Ora, em pleno século XIX, o Código Comercial de 1833 ainda estabeleceu, no art. 929º, que “*Toda a obrigação de fazer, ou de não fazer, em caso de inexecução da parte do devedor resolve-se em regra em indemnização de perdas e danos*”.

Dadas as poucas alterações sofridas pelo direito privado português nos primeiros decénios do liberalismo, não será de estranhar que se tenha mantido o entendimento de que se o locador não colocasse à disposição do locatário o gozo do prédio, mais não lhe poderia ser exigido do que uma indemnização por mero equivalente.

Segundo a explicação de CORRÊA TELLES, se o locador “*... não entregar a coisa arrendada; se embaraçar o conductor no uso della; se não remover, podendo, o embaraço que outro lhe faça; o conductor não só é desobrigado da pensão, mas pôde demandar-lhe perdas e interesses*”³⁰³⁴.

³⁰³¹ *Código Civil Português, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*, 2ª edição oficial, Imprensa Nacional, Lisboa, 1868.

Sobre a ausência de transformações significativas no direito privado nas primeiras décadas do liberalismo, os esforços modernizadores levados a cabo pela doutrina que imediatamente antecedeu o Código, os seus trabalhos preparatórios, o ideário típica mas prudentemente liberal que o enformou e a influência nele exercida pela codificação napoleónica, cf., v.g., GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, cit., pp. 304 e ss., *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, in “Obras Esparsas”, vol. II – Estudos de História do Direito. Direito Moderno, 1ª parte, Universidade de Coimbra, 1981, pp. 25 e ss., e *La Formation du Droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon*, in “Obras Esparsas”, vol. II – Estudos de História do Direito. Direito Moderno, 2ª parte, Universidade de Coimbra, 1981, pp. 1 e ss., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Enquadramento Histórico do Código Civil Português*, in BFDUC, 1961, pp. 138 e ss., e *História do Direito Português*, cit., pp. 477 e ss., e MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português*, cit., pp. 209 e ss..

³⁰³² Expunha J. H. CORRÊA TELLES que o vendedor “*Não se exime desta obrigação, ainda que se ofereça a pagar o interesse. O Juiz lhe pôde mandar tirar a coisa vendida, e fazel-a entregar ao comprador*” – *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar, e de a Transferir por Derradeira Vontade; Para Servir de Subsidio ao Novo Codigo Civil*, tomo III, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1836, nº 259, p. 45.

³⁰³³ *Supra*, II.1.2.5.1.

³⁰³⁴ CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez*, III, cit., p. 122, nº 754.

No mesmo sentido, ensinava COELHO DA ROCHA: “*O locador é obrigado: 1º a entregar ao conductor a coisa arrendada com suas pertenças, e em estado de servir para o uso, a que é destinada. [D.19,2,15,1-8 e D.19,2,24,4]. 2º Faltando a esta obrigação, ou demorando-a além do tempo convencionado, pode o conductor resilir do contracto e demandal-o por perdas e interesses*”³⁰³⁵.

Assinale-se que, em abono desta conclusão, ambos os Autores citavam o direito romano: as ainda vigentes Ordenações, dada a sua incompletude, continuavam a exigir o recurso ao direito romano e os juristas da época não aproveitaram as regras da Lei da Boa Razão e dos Estatutos da Universidade para introduzir os entendimentos que já prevaleciam na Europa³⁰³⁶.

A matéria seria objecto de profunda alteração com o Código de Seabra. O art. 710º determinava que “*O contrato resolve-se, ou na prestação de factos, ou na prestação de cousas*”. A distinção assumia importância capital, já que, como comentava DIAS FERREIRA, “... *os efeitos juridicos variam quanto á execução dos contratos, segundo estes se resolvem em dar ou em fazer*”³⁰³⁷.

O objecto da obrigação fundamental a cargo do locador era, de acordo com o art. 714º, uma prestação de coisa (“*A prestação de cousas por effeito do contrato póde consistir: (...) 2º Na alienação temporária do uso, ou fruição, de certa coisa*”)³⁰³⁸, cujo não cumprimento tinha as consequências determinadas pelo art. 1610º: “*Se o senhorio não fizer a entrega da coisa ao arrendatario, no praso convencionado, ou do costume, poderá este demandá-lo por perdas e danos, rescindindo o contrato, ou obrigando o dito senhorio a mantê-lo*” (realce nosso). A parte final não constava do art. 1690º do projecto apresentado por SEABRA em 1858³⁰³⁹ – a origem do aditamento encontrava-se numa alteração deliberada pela Comissão Revisora de Lisboa, na sessão decorrida em 27 de Março de 1862 (“*Art. 1690º Foi aprovado com a seguinte alteração: «poderá este*

³⁰³⁵ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo II, 3ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852, p. 649, § 834.

³⁰³⁶ Algo que (como se observou, *supra*, II.1.2.2.1) fora feito no século XVII por MANUEL THEMUDO DA FONSECA, embora numa posição isolada e quando as disposições que regulavam o direito subsidiário não o permitiam.

³⁰³⁷ Cf. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Volume II, Imprensa Nacional, Lisboa, 1871, Art. 710º, p. 216.

³⁰³⁸ Vide a exemplificação oferecida por DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, II, cit., Art. 714º, p. 220: “*A prestação de cousas consiste (...) na alienação temporaria do uso, ou fruição, como no arrendamento*”.

³⁰³⁹ Cf. ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA, *Codigo Civil Portuguez. Projecto*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1858, p. 400.

demandar o senhorio por perdas e danos rescindindo o contracto, ou obrigando o senhorio a mante-lo»³⁰⁴⁰.

Ou seja, voltava-se uma página: o senhorio podia ser obrigado a manter o contrato, ainda que contra a sua vontade. A prestação do gozo da coisa deixava de ser vista como uma pura actividade pessoal, desenvolvida por quem dá em locação. Ficava definitivamente afastada a natureza de obrigação de *facere* que, nos termos do art. 711º, daria ao credor o direito a uma “*indemnização por perdas e danos*”³⁰⁴¹, concretizável adjectivamente por via “*de acção pessoal, só contra a pessoa obrigada*”³⁰⁴². O locatário tinha, agora, o direito de exigir judicialmente a entrega da *res*, com o auxílio, se necessário, dos meios processuais de execução para entrega de coisa certa³⁰⁴³. O direito actual não difere³⁰⁴⁴.

³⁰⁴⁰ Compulsem-se as *Actas da Comissão Revisora do Projecto de Código Civil Portuguez*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1869, p. 247.

³⁰⁴¹ Sem embargo, todavia, dos meios de execução específicos disponibilizados pelos arts. 712º e 713º, que, como observa PEDRO DE ALBUQUERQUE, *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto*, cit., pp. 449-450, consagravam “*formas de execução específica muito próximas das actualmente constantes dos artigos 828º e 829º do Código Civil vigente*”.

³⁰⁴² DIAS FERREIRA, *Código Civil*, II, cit., Art. 710º, p. 216.

³⁰⁴³ Veja-se, aliás, a referência de DIAS FERREIRA (*Código Civil*, II, cit., Art. 714º, p. 220) à “*execução de coisa certa*”, prevista no então projecto de código de processo.

³⁰⁴⁴ A entrega da coisa locada (art. 1031º/a) do Código Civil) é pacificamente considerada como uma prestação de coisa (conceito que se traduz, precisamente, num acto de entrega de uma *res*, englobando a transferência da propriedade, da posse, da mera detenção ou a sua restituição): cf., por exemplo, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pp. 89-90; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 36-37; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, texto elaborado por J. SOUSA RIBEIRO, J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J. C. PROENÇA, com base nas lições ao 3º Ano Jurídico, reimpressão em computador da edição policopiada de 1983, Coimbra, pp. 37-38; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 77; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Art.1031º*, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014, nº 15, p. 44 (“[n]o caso da locação, a entrega equivale a uma prestação de dare”).

Assim, o locatário tem o direito de exigir em juízo o cumprimento da obrigação, através da competente acção (art. 817º do Código Civil): PINTO FURTADO, *Manual*, I, cit., pp. 356 e 497-498, e o nosso *A Resolução*, cit., p. 174, nota 622. Se a condenação não surtir efeito (ou se houver título executivo de natureza extrajudicial), pode o locatário recorrer ao processo executivo, exigindo a execução específica (ou *in natura*), prevista no art. 827º do Código Civil quanto à entrega de coisa determinada e que seguirá os trâmites da acção executiva para entrega de coisa certa (arts. 859º e ss. do Código de Processo Civil). Em última análise, o Tribunal procederá às diligências necessárias para que seja entregue a *res* (art. 861º/1 do CPC) e “[t]ratando-se de imóveis, o agente de execução investe o exequente na posse, entregando-lhe os documentos e as chaves, se os houver, e notifica o executado (...) para que respeitem e reconheçam o direito do exequente” (nº 3 do mesmo preceito). Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 99-100 e, expondo idêntica solução na doutrina italiana, GIULIO CATELANI, *Manuale della Locazione*, 3ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2001, pp. 76-78, e GIOVANNI GABRIELLI/ FABIO PADOVINI, *La Locazioni di Immobili Urbani*, Cedam, Pádua, 2001, p. 242.

3.5.2 – A tutela possessória do locatário

A doutrina da primeira metade do século XIX pronunciou-se pela atribuição de tutela possessória ao arrendatário, embora se encontrassem fundamentações não inteiramente coincidentes e alguns desencontros de opiniões.

Louvando-se, designadamente, em PEGAS e em PACIONI, LOBÃO expunha que: “... compete ao arrendatario durante o tempo do arrendamento acção de espolio contra o senhorio que o espolia (...); se pois durante a demanda sobre o espolio ou a manutenção, finda o tempo do arrendamento, não é jamais restituído á posse ou detensão, por estar extincta a causa d’ella, mas só é restituído aos interesses”³⁰⁴⁵.

Em outra passagem da mesma obra, o jurista beirão voltava a mostrar-se favorável ao exercício dos remédios possessórios contra o senhorio e contra terceiros, em conformidade com “o estylo de julgar no nosso reino”: “... a praxe universal tem facultado estes Remedios Retinendae e Recuperandae ao colono durante o tempo do seu arrendamento, tanto contra o terceiro, como contra o mesmo senhorio, ou seja pelo officio do juiz (...) ou seja por aquelles remedios ou alguns deles (...) é este o estylo de julgar no nosso reino”³⁰⁴⁶. Isto é, apesar de pressupor uma aplicação autónoma dos meios de defesa da posse a favor do arrendatário, LOBÃO ainda invocava em simultâneo o ofício do juiz como possível arrimo, nos moldes em que já o haviam feito os praxistas dos séculos XVI a XVIII.

No mesmo sentido pode ser respigado o *Digesto Portuguez* de CORRÊA TELLES, que reconhecia ao arrendatário o exercício da “acção de força”³⁰⁴⁷ (“O colono ou inquilino póde usar d’acção de força, não só contra um terceiro, mas ainda contra o locador, que o esbulhar ou turbar no uso da cousa, e demandar-lhe a sua indemnização”)³⁰⁴⁸, mas citando, em nota, o comentário às Ordenações, de MANUEL GONÇALVES DA SILVA (nº 25 a OF 3,48, onde, recorde-se, se admitia a tutela do *colonus* através do ofício do juiz)³⁰⁴⁹, e o tratado de CAROCCI, na parte respeitante à outorga do *officium iudicis* ao *conductor*.

³⁰⁴⁵ *Tratado Encyclopedico Compendiario, Pratico e Systematico dos Interdictos e Remedios Possessorios Geraes e Especiaes Conforme o Direito Romano, Patrio e Uso das Nações*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1867, p. 159, § 223.

³⁰⁴⁶ LOBÃO, *Tratado Encyclopedico Compendiario, Pratico e Systematico dos Interdictos e Remedios Possessorios*, cit., § 263, pp. 185-186.

³⁰⁴⁷ Denominação da acção de restituição possessória no direito anterior ao Código Civil de 1867: DIAS FERREIRA, *Código Civil*, II, cit., Art. 482º, p. 20.

³⁰⁴⁸ *Digesto Portuguez*, III, cit., p. 124, nº 767.

³⁰⁴⁹ Vide, *supra*, II.1.2.2.2. Cf., no mesmo sentido, JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal*, 5ª edição, em casa de J. Augusto Orcel,

Não era diferente nos seus resultados o ensino de COELHO DA ROCHA, ao referir o esbulho da posse natural³⁰⁵⁰: “*Se o possuidor porém foi espoliado da posse natural, e confessa ter-lhe sido tirada: 1º póde usar do interdicto recuperandae, também chamado acção de espolio, ou de força nova espoliativa, contra o espoliador, seus herdeiros, ou terceiro, para quem passou a cousa, para que lh’a restituam com seus rendimentos, perdas e interesses. Ord. L. 3. tit. 78. §3., e L. 4. tit. 58. pr. 2º Se deixou passar o anno e dia desde a espoliação, ou desde a sciencia, póde usar da acção chamada de força velha; porém esta é ordinaria*”³⁰⁵¹. O célebre civilista já não referia, porém, o *officium iudicis*; o arrendatário surgia como titular directo da tutela possessória, sem a intermediação de extensões baseadas na equidade.

Não inteiramente coincidente tinha sido a opinião de PEREIRA E SOUSA, para quem o arrendatário, não possuindo em nome próprio, não poderia exercer a “*acção de força*”; para obter a restituição, restar-lhe-ia recorrer, e tão-só contra terceiros, ao *officium iudicis*: “*Compete esta Acção sómente aos que possuem em seu proprio nome, Boehmer ad Pandect. Excercit. 90. §5. Silv. ad Ord. l. 3 tit. 48 ad rubr.n. 23.; e por isso não compete propriamente aos Colonos ou aos Depositarios. Podem porém estes implorar o nobre ofício do Juiz para serem restituídos á sua detenção (...) não contra o Locador ou Deponente (...) mas contra Terceiro*”³⁰⁵². Negava-se, no fundo, a possibilidade de defesa da detenção face ao locador.

Não surpreenderá, portanto, que a questão da tutela possessória dos detentores (incluindo o arrendatário) ainda suscitasse discussão aquando dos trabalhos preparatórios do primeiro Código Civil³⁰⁵³.

O projecto apresentado por ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA estabelecia no art. 563º: “*Diz-se posse a retenção ou fruição efectiva de qualquer cousa ou direito, abstrahindo da questão de propriedade*”³⁰⁵⁴.

Em apreciação do articulado proposto, e através de opúsculo publicado em 1859, JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA (Vogal da Comissão Revisora nomeada em 1850)

Coimbra, 1869, p. 88, nota 3: “*O colono, esbulhado pelo senhorio, pode requerer a restituição da nua detenção, que tinha, Silv. á Ord. L. 3, T. 48, ad rubr. n. 25*”.

³⁰⁵⁰ O Autor oferecia como exemplo de posse natural, precisamente, a do locatário (mero detentor que possuía em nome de outrem): *Instituições*, II, cit., §§ 434-435, pp. 343-344.

³⁰⁵¹ *Instituições*, II, cit., p. 357, § 453.

³⁰⁵² JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil*, Tomo IV, 4ª edição, Imprensa Nacional, Lisboa, 1834, p. 5.

³⁰⁵³ Dessa discussão dá extensa nota DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, II, cit., Art. 474º, pp. 5 e ss.

³⁰⁵⁴ SEABRA, *Codigo Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., p. 144.

teceria considerações assaz críticas da solução. Ao não contemplar a intenção de exercer o domínio sobre a *res*, a noção de posse do projecto abrangeria situações díspares e, concomitantemente, seriam tuteladas realidades não merecedoras de protecção: “Ao art. 563º, combinado com o 576º, que estabelece uma definição de posse limitada á retenção ou fruição da coisa ou do direito, e dão direitos eguaes e por consequencia tambem acções eguaes, de manutenção e restituição de posse a qualquer possuidor; tenho a observar que, na idéa juridica de posse, que se dá no citado artigo, se exclue a intenção de ter a coisa como sua em virtude do titulo habil para transferir o dominio, v. g., compra, troca, doação, que designam as palavras – *animo sibi habendi*, que quasi todos os escriptores incluem na definição de posse; em ordem a distinguir a posse natural e a civil, a justa e a injusta, que, em verdade, não podem ser equiparadas, nem em direitos nem em acções. Porem, não se inserindo na definição estas palavras, vem a egualar-se em direitos e acções a posse natural e a civil, a justa e a injusta (...) Intendo, que a posse, que tem o colono, o depositario, o commodatario, o crédor pignoratício, e que é em todos estes casos detenção ou posse em nome d’outrem não é igual em direitos áquella, que tem o que possui em seu proprio nome (...) Todavia intendo, que a doutrina, que nos ensinou o Sr. Paschoal sobre posse, no liv. 3º tit. 2º, que é a que eu acima apresentei, em primeiro logar, é que se deve preferir. Seja porém qualquer a que se siga, intendo é preciso declarar, em termos bem explicitos quaes os direitos e acções dos colonos depositarios, e semelhantes, para evitar as questões que sobre isto têm havido, especialmente nos pontos das acções, que lhes competem, e até porque isto é preciso para melhor intelligencia e applicação practica do art. 594º sobre acções de manutenção e espolio. Resta-me observar, que me parece não haver conveniencia em egualar os direitos do possuidor natural e do civil...”³⁰⁵⁵.

A resposta do futuro Visconde de Seabra teria como tom dominante o de que a diferenciação entre posse em nome próprio e em nome alheio seria suficiente para atender a todos os casos pertinentes, sem necessidade de uma definição que contivesse referência ao *animus habendi*: “Propozemo-nos neste titulo tractar dos direitos, que se adquirem por mera posse e prescripção, e por consequencia não é a pose, como signal e effeito da propriedade, que deviamos ter em vista, e tomar como ponto de partida. Nesse caso, a posse não seria a que produzisse o direito, seria antes a consequencia d’um direito anterior.

³⁰⁵⁵ JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA, *Observações Sobre o Projecto do Codigo Civil*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859, pp. 20-22.

Era, pois, indispensavel tomar a posse no seu primeiro e caracteristico elemento – o facto visivel da detenção ou fruição.

Mas, porque assim considerámos a posse na sua maior generalidade, não se segue que essa mesma posse devesse produzir, em todos os casos, os mesmos direitos e acções. Esses direitos variam, pelo contrario, segundo sua diversa qualidade e circunstancias.

Analysemos. Distinguimos: 1º (art. 570º) a posse em nome proprio, e a posse em nome de outrem. Em seguida, marcamos diversos direitos, segundo as diversas qualidades de posse. E os direitos, que são consequencia da posse, só competem ao verdadeiro possuidor. O que a exerce em nome de outro, é um verdadeiro mandatario ou delegado, que só pode exercer os direitos, que o mandato ou a Lei lhe conferir”³⁰⁵⁶.

A protecção possessória dos detentores – que eram possuidores em nome alheio segundo o art. 570º do projecto³⁰⁵⁷ – era explicada com o recurso à figura da posse de direitos (distinta da posse de coisas), claramente abrangida pelo art. 563º, ao mencionar a retenção ou fruição efectiva de qualquer coisa ou *direito*: “Agora, em quanto aos que possuem em nome de outro, é bem claro, que não tem posse nenhuma, e só em nome de outro poderão exercer os direitos, que emanam da posse.

Mas, dir-se-ha, o depositario, o commodatario, o colono, poderão usar em seu nome dos meios possessorios? É evidente, que não, porque não possuem em proprio nome (...).

É comtudo preciso não perder de vista uma distincção indispensável. O colono, o arrendatario, não têm sem dúvida a posse da cousa em si mesma; mas têm certamente a posse do direito, que adquire pelo seu arrendamento (...) e por consequencia póde, nesta parte, usar dos meios possessorios, tanto contra terceiros, como contra aquelles, de quem houve o seu direito”³⁰⁵⁸.

Em remate, o Autor do projecto punha em causa a necessidade de consagração do requisito do *animus*: “... para que são precisas na definição as palavras *animo sibi habendi*? Esse *animus* apparecerá, quando seja preciso, nos factos; aliás é indifferente, e só póde servir para dar logar a disputas” e, citando TROPLONG, aduzia que “a

³⁰⁵⁶ Cf. ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA, *Resposta do Auctor do Projecto do Codigo Civil ás Observações do Sr. Doutor Joaquim José Paes da Silva*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859, pp. 39-40.

³⁰⁵⁷ “A posse póde ser adquirida, tanto em nome próprio, como em nome de outrem” – SEABRA, *Codigo Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., p. 145.

³⁰⁵⁸ SEABRA, *Resposta do Auctor do Projecto do Codigo Civil*, cit., pp. 41-42.

*distincção de posse natural e civil é inútil, e ate certo ponto inexacta (Vej. Troplong, Prescrip. n.º 239)*³⁰⁵⁹.

No seio da Comissão Revisora de Lisboa, em sessão realizada de 4 de Janeiro de 1861 e presidida por VICENTE FERRER NETO PAIVA, também se levantaram vozes contrárias. JOSÉ JÚLIO DE OLIVEIRA PINTO propôs como alternativa ao art. 563º: “*Posse e a retenção ou fruição exercida pelo detentor em seu proprio nome, ou seja exercida por acto seu, ou seja por intervenção de outra pessoa que para este fim o representa*”³⁰⁶⁰. Por seu turno, FERRER NETO PAIVA pronunciou-se no sentido de a formulação passar a ser: “*A posse consiste na detenção da coisa, com a intenção de adquirir direitos ou no exercicio dos direitos*”³⁰⁶¹. Já MARTENS FERRÃO “*mandou para a mesa*” (usamos uma expressão recorrentemente usada nas próprias actas) como alternativa: “*Diz-se posse o mero facto da retenção de qualquer coisa ou direito por qualquer pessoa, com animo de fruir exclusivamente essa coisa ou direito, ou de a conservar ou d’ella dispor como propria*”³⁰⁶². Como DIAS FERREIRA viria a observar, “[*e*]m todas estas propostas transparecia a idéa de não haver posse sem o animo de ter como propria a coisa possuida”³⁰⁶³.

O artigo proposto acabaria por ser aprovado na sessão de 7 de Janeiro de 1861, embora MARTENS FERRÃO ressaltasse, ao votar favoravelmente, “*a theoria de posse que seguia, diferente da do Codigo*”³⁰⁶⁴.

Do corpo do art. 554º do projecto examinado pela Comissão Revisora constaria: “*Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito*”³⁰⁶⁵. O respectivo art. 560º manteria a distinção entre posse em nome próprio e em nome alheio: “*A posse póde ser adquirida e exercida, tanto em próprio nome, como em nome de outrem*”³⁰⁶⁶. Os proémios dos arts. 474º e 481º do Código não divergiram.

Prevaleceu, desta guisa, a visão de SEABRA. O arrendatário, mero possuidor em nome do senhorio, não tinha a posse da coisa, embora estivesse obrigado a defender os

³⁰⁵⁹ SEABRA, *Resposta do Auctor do Projecto do Codigo Civil*, cit., p. 42.

³⁰⁶⁰ Vejam-se as *Actas da Commissão Revisora*, cit., p. 99.

³⁰⁶¹ *Idem*.

³⁰⁶² *Ibidem*.

³⁰⁶³ *Codigo Civil*, II, cit., Art. 474º, p. 10. Cremos, todavia, que a afirmação não é rigorosa no que toca a proposta de VICENTE FERRER NETO PAIVA: o *animus* aí exigido era o de adquirir ou exercer direitos, mas não forçosamente no sentido de ter uma *res* como própria.

³⁰⁶⁴ *Actas da Commissão Revisora*, cit., pp. 100-101.

³⁰⁶⁵ *Codigo Civil Portuguez. Projecto apresentado por ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA e examinado pela respectiva Commissão Revisora*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1863, p. 137.

³⁰⁶⁶ *Codigo Civil Portuguez. Projecto apresentado por ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA e examinado pela respectiva Commissão Revisora*, cit., p. 138.

direitos daquele, de acordo com o nº 4 do art. 1608º, por remissão para o art. 1451º (relativo ao depósito). Tratava-se, evidentemente, de um dever a cargo do arrendatário, estabelecido em função da protecção dos interesses do senhorio, e não de um direito de defesa da sua posição jurídica³⁰⁶⁷.

Mas, não obstante não lhe ser atribuída a posse da coisa, o art. 474º conferia-lhe a posse do direito (fundado no contrato de arrendamento), numa solução análoga à do ABGB. Era com este fundamento que o arrendatário podia lançar mão das acções possessórias (art. 485º e ss.), contra terceiros ou contra o próprio senhorio. Respigam-se, novamente, os comentários de DIAS FERREIRA: “*O colono e o depositario têm também a posse do direito, que adquiriram pelo arrendamento e deposito, mas não com o fundamento na posse da coisa, que só exercem em nome do proprietario*”³⁰⁶⁸; “*O possuidor em nome de outrem pôde usar dos remedios possessórios contra o respectivo proprietario, provando a legitimidade da sua posse, como se o periodo de arrendamento não é findo, etc.*”³⁰⁶⁹.

GUILHERME MOREIRA considerava inaceitável, por seu turno, que os meros detentores pudessem intentar acções possessórias em nome próprio, com fundamento em possuírem o direito transmitido pelo contrato, o que equivaleria a não terem de restituir as coisas sem serem “*convencidos na questão da propriedade, quando o proprio titulo porque possuem os obriga a essa restituição*”³⁰⁷⁰. Assim, o Autor não negava que os possuidores em nome alheio pudessem intentar acções possessórias, nomeadamente pedindo a reintegração de posse (“*Quando os possuidores em nome alheio sejam esbulhados violentamente da sua posse, intendemos que podem recorrer a*

³⁰⁶⁷ Vide DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, II, cit., Art. 481º, p. 16 (“*O depositario, o commodatario, ou o colono, não podem usar em seu nome dos meios possessórios. Porém, como era necessario que se provesse aos prejuizos, que a demora da acção poderia occasionar ao verdadeiro possuidor, por isso o codigo (...) impõe ao depositario, ao commodatario, e ao arrendatario, que são perturbados ou esbulhados da coisa, a obrigação de avisarem d’isso immediatamente o verdadeiro possuidor, tomando desde logo a defeza dos direitos d’este, até elle providenciar, sob pena de responderem por perdas e damnos*”), e *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Volume III, Imprensa Nacional, Lisboa, 1872, Art. 1451º, p. 425.

Cf., ainda, GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Tomo 3, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907, pp. 31-32: “*Os possuidores em nome alheio não podem como é evidente, intentar acções possessorias em nome proprio, so podem propor essas acções como administradores, ou para cumprirem a obrigação, em que se constituíram em virtude de contracto, de conservarem a coisa.*

E assim que o consignatario de rendimentos, quando os bens passem para o seu poder, o depositario, o arrendatario, são obrigados, quando seja perturbados ou esbulhados, a tomarem a defêsa dos direitos do credor, do depositario, do locador e do comodante, em nome delles, e portanto a intentarem as acções possessorias, enquanto elles não poderem prover (art. (...) 1608º, nº 4º)”.

³⁰⁶⁸ *Codigo Civil*, II, cit., Art. 481º, p. 16.

³⁰⁶⁹ *Codigo Civil*, II, cit., Art. 482º, p. 20.

³⁰⁷⁰ GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, 3, cit., p. 32.

acção possessória de restituição, mas unicamente para o efeito de serem reintegrados na posse), mas “Effectuada essa reintegração, e que se podera discutir, não a questão de propriedade, mas se, em virtude do contrato, o possuidor em nome alheio deve ou não restituir a coisa de que a pessoa em nome de quem elle possuia se apoderou por meios que a lei não admitte”³⁰⁷¹.

Distingua GUILHERME MOREIRA, de seguida, entre perturbações ou esbulhos de terceiros que pusessem em causa o direito do senhorio/possuidor (perante os quais o senhorio tinha uma obrigação de assegurar o gozo, nos termos do nº 4º do art. 1606º) e aqueles que não manifestassem a pretensão de um direito contrário ao do possuidor, caso em que o “arrendatario poderá, independentemente do direito de ser reintegrado, no caso de esbulho violento, na sua posse, pedir a indemnização de perdas e danos”³⁰⁷². O que acabava por não levar a quaisquer diferenças práticas (pelo menos face a esbulhos violentos): mesmo que entendesse que as acções possessórias não eram exercidas em nome próprio, na óptica do Professor de Coimbra o arrendatário não deixava de as poder intentar.

Para MANUEL RODRIGUES, a posse tanto podia ser nos termos de um direito real, como de uma relação obrigacional na qual fosse exercida por quem detém a *res* – logo, o locatário seria possuidor³⁰⁷³. Esta opinião era seguida, no que aqui interessa, por JOSÉ TAVARES (que defendia, aliás, que o Código consagrara uma concepção objectiva de posse, tal como JHERING a formulara)^{3074 3075}.

A concessão da tutela possessória ao arrendatário permaneceu no nosso direito até aos dias de hoje³⁰⁷⁶.

³⁰⁷¹ Últ. loc. cit..

³⁰⁷² GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, 3, cit., p. 33.

³⁰⁷³ MANUEL RODRIGUES, *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1940, pp. 97 e ss.

³⁰⁷⁴ JOSÉ TAVARES, *Os Principios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, p. 635.

³⁰⁷⁵ Constatando que a doutrina tradicional portuguesa era favorável à tutela possessória da posição do arrendatário, uma vez que se admitia a posse nos termos dos direitos de crédito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza Jurídica do Direito do Locatário*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, 1980, p. 376.

No sentido de que o Código de Seabra consagrou uma concepção subjectivista de posse, não protegendo a detenção do locatário (fundada numa mera relação creditória), cf. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967, reimpressão em computador da edição de 1967, Coimbra, p. 65. Creemos que a razão não está com o Autor: o art. 474º admitia, sem restrições, a posse de direitos (neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), 2ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 1), o que aproveitava ao arrendatário, como reconhecia a doutrina coeva.

³⁰⁷⁶ O art. 27º do Decreto de 30 de Agosto de 1907 (in *Collecção Oficial da Legislação Portuguesa*, anno de 1907, p. 809) permitiria expressamente aos arrendatários o uso dos meios possessórios perante turbações ou esbulhos perpetrados pelo senhorio: “O arrendatario ou sublocatário

3.5.3 – A extinção do contrato pelo locador

A disciplina da cessação do arrendamento contida nas Ordenações Filipinas não mereceu particulares esforços doutriniais de renovação nos primórdios de oitocentos,

que for pelo respectivo senhorio ilegalmente perturbado ou esbulhado da posse do predio arrendado poderá usar contra elle das competentes acções possessórias a fim de ser mantido ou restituído ao uso e fruição do mesmo predio durante o prazo do arrendamento”. Exactamente no mesmo sentido, cf. o art. 30º do Decreto de 12 de Novembro de 1910 (in *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, anno de 1910, vol. II, 5 de Outubro a 31 de Dezembro, p. 84): “*O arrendatario ou sublocatário, que for pelo respectivo senhorio ilegalmente perturbado ou esbulhado da posse do predio arrendado, poderá usar contra elle das competentes acções possessórias, a fim de ser mantido on restituído ao uso e fruição do mesmo predio durante o prazo do arrendamento*”.

O art. 20º do Decreto nº 5411, de 17 de Abril de 1919 (in “Diário do Govêrno”, I Série – Número 80, Suplemento) outorgou os meios de defesa da posse (*in casu*, a posse dos direitos derivados do contrato de arrendamento) perante quaisquer perturbações ou esbulhos: “*O inquilino que fôr ilegalmente perturbado ou esbulhado da posse dos direitos que, pelo arrendamento, tem sôbre o respectivo prédio, pode usar das acções possessórias e dos embargos de terceiro, a fim de ser mantido ou restituído na sua posse durante o prazo do arrendamento*”.

Sobre estes diplomas, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Art. 1037º*, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014, nºs 16-18, pp. 60-61.

O actual Código Civil não reconhece, no art. 1251º, a figura da posse de direitos. Mas, no seguimento da solução do Decreto nº 5411, é concedida a tutela possessória ao locatário (art. 1037º/2: “*O locatário que for privado da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos pode usar, mesmo contra o locador, dos meios facultados ao possuidor nos artigos 1276.º e seguintes*”), que pode recorrer à acção directa (art. 1277º), instaurar as acções de prevenção (art. 1276º), de manutenção e de restituição de posse (art. 1278º), requerer o procedimento cautelar de restituição provisória de posse em casos de esbulho violento (art. 1279º e arts. 377º a 379º do Código de Processo Civil) ou deduzir embargos de terceiro (art. 1285º), embora, como logo inculca a letra do art. 1037º/2º, apenas depois de estar na detenção da coisa, isto é, após esta lhe ser entregue e se estabelecer uma relação de domínio fáctico: cf., a título puramente exemplificativo, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, cit., pp. 1 e 5-6 (que, a pp. 47, excluem a acção de prevenção, uma vez que o art. 1037º/2 se refere somente a situações de privação ou de perturbação; para nós, a remissão para o art. 1276º não comporta essa interpretação, pretendendo-se também que o locatário previna tais situações); MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, cit., pp. 63 e 106 e ss., e *Obrigações Reais*, pp. 148-150; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza Jurídica do Direito do Locatário*, cit., p. 375, e *Art. 1037º*, cit., nº 23-25, pp. 61-62; F. M. PEREIRA COELHO, *Arrendamento – Direito Substantivo e Processual*, edição policopiada, Coimbra, 1988, pp. 19 e 21; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, 5ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 65 e ss.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 89; PINTO FURTADO, *Manual*, I, cit., p. 497.

Discute-se se, de acordo com o art. 1037º/2, o locatário é possuidor. A resposta afirmativa (dada, designadamente, por OLIVEIRA ASCENSÃO, *últ. loc. cit.* e MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza Jurídica do Direito do Locatário*, cit., p. 375, e *Art. 1037º*, cit., nºs 27 e ss., p. 62) baseia-se no argumento de que a tutela judicial ali conferida é sinal de que há posse; não faria sentido conceder-se protecção possessória a quem não possui. Todavia, a formulação do preceito (“*pode usar... dos meios facultados...*”) demonstra que os meios de defesa da posse do art. 1276º e ss. foram estendidos ao locatário (por todos, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, cit., p. 21, nota 1), mas o mesmo não sucedeu ao restante do respectivo regime (por exemplo, em matéria de benfeitorias), o que, inclusivamente, constitui um forte indício de que não se está perante um direito real. Ao contrário do que defende OLIVEIRA ASCENSÃO (*Reais*, p. 68), mais ilógico do que haver tutela possessória sem posse (o que se pode justificar por considerações de equidade – PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, p. 5 – e está longe de ser inédito, como se viu com a outorga da defesa interdital a certos detentores no direito romano), é uma posse (alegadamente correspondente a um direito real) que não gera todos os efeitos que se reconhecem à posse nos termos dos direitos reais de gozo, como é vedado pela apertada remissão do art. 1037º/2.

mesmo quando era fortemente tributária do direito comum, como acontecia com os fundamentos de despejo antecipado (OF 4,24 pr.): LOBÃO limitava-se a remeter para a velha doutrina, nomeadamente para o comentário de MANUEL GONÇALVES DA SILVA às Ordenações³⁰⁷⁷; CORRÊA TELLES ainda expunha o regime sem qualquer entono crítico³⁰⁷⁸.

Foi COELHO DA ROCHA quem, sob declarada influência da codificação napoleónica, censurou a solução de C.4,65,3 (e que as Ordenações haviam adoptado) de permitir o despejo antecipado por necessidade do senhorio ou de seus familiares: “A regra estabelecida na Ord., extrahida da L. 3. Cod. de locat., de que o locador de casas pôde despedir o inquilino, se precisar dellas para si, seus filhos, ou parentes, contém um favor offensivo da boa fé, e inviolabilidade dos contractos. O Cod. Civ. Fr. art. 1761. sómente lhe concede esta faculdade, se foi ressaltada no contracto do arrendamento, o que se acha tambem em outros codigos”³⁰⁷⁹.

Também TEIXEIRA DE FREITAS exprimiu o seu vivo repúdio (“Disposição bem injusta!”), embora sem mais considerações³⁰⁸⁰. De uma perspectiva prática, CÂNDIDO ALMEIDA MENDES acrescentava: “he uma porta aberta para a satisfação de muitos caprichos”³⁰⁸¹.

Face a este antecedente doutrinal, o art. 1607º do Código de 1867 dispôs que “O senhorio poderá, comtudo, despedir o arrendatario, antes de o arrendamento acabar, nos casos seguintes:

1º Se o arrendatario não pagar a renda nos prazos convencionados;

2º Se o arrendatario usar do predio para fim diverso d’aquelle que lhe é próprio, ou para que lhe foi arrendando”.

A isto acrescentava-se a deterioração do prédio rústico que não tivesse sido devidamente cultivado, também ela motivo para o arrendatário ser “despedido” (art. 1627º).

³⁰⁷⁷ “O nosso Silva fez com os mais DD. hum grande Commentario a esta Ordenação, discorrendo com ampliações e limitações sobre todas, e cada huma daqueles quatro casos, exaurindo quanto estava escripto pelos DD. a este respeito: O Repertorio das Ordenações só recopilou Silva. Nada pois me resta senão remissão a estes DD. e aos que elles citão” – *Tractado Historico, Encyclopedico, Critico, Pratico, Sobre Todos os Direitos Relativos a Cazas, Quanto ás Materias Civis e Criminais*, Impressão Régia, Lisboa, 1817, p. 267.

³⁰⁷⁸ *Digesto Portuguez*, III, cit., p. 129, nºs 801 e 802.

³⁰⁷⁹ *Instituições*, II, cit., p. 657, § 842.

³⁰⁸⁰ *Legislação do Brasil. Consolidação das Leis Civis*, cit., p. 443, nota 26.

³⁰⁸¹ *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., nota 6 a OF 4,24 pr., p. 805.

Como concluía DIAS FERREIRA, “*Pela ordenação, livro IV, titulo XXIV, muitos mais eram os casos em que o senhorio poderia despedir o arrendatario*”³⁰⁸². A diminuição verificada (resultado da proscricção das reparações e da necessidade do imóvel como justificações do despejo) era, sem dúvida, um eco jurracionalista, mediado pelo *Code Civil* e recebido doutrinalmente antes de 1867, ainda que numa perspectiva do direito a constituir.

Por sua vez, a não renovação do arrendamento de prédios urbanos³⁰⁸³ pelo senhorio, livre da invocação de fundamento justificativo (que não era exigido por qualquer dispositivo legal), dependia do respeito do tempo e da forma “*costumados na terra*” (art. 1624º). Mas isto só nas “*terras onde se usarem escriptos*” (art. 1625º), visto que para aquelas onde a aposição de escritos não era usada o art. 1626º estabelecia o dever de “*prevenir*” o arrendatário “*da cessação do arrendamento, quarenta dias antes d’esto findar*”³⁰⁸⁴.

Já nos arrendamentos de prédios rústicos celebrados por tempo indeterminado, o senhorio a quem não conviesse a continuação do contrato deveria avisar o arrendatário “*com a antecipação usada na terra, e, na falta de praxe a tal respeito, sessenta dias antes que, conforme o costume da terra, e o genero de cultura, finde o anno agricola*” (art. 1629º)³⁰⁸⁵.

O mero cumprimento desses prazos de pré-aviso, independentemente da alegação de causas justificativas, era, repete-se, suficiente para a cessação do contrato³⁰⁸⁶. O “*despedimento*” não carecia, sequer, de forma especial, bastando ser provado em júizo por testemunhas³⁰⁸⁷.

³⁰⁸² JOSÉ DIAS FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Volume IV, Imprensa Nacional, Lisboa, 1875, Art. 1607º, p. 65.

³⁰⁸³ Tratava-se, em qualquer caso, de uma não renovação, pois o Código não previa arrendamentos urbanos por tempo indeterminado: mesmo que as partes não tivessem convencionado prazo de duração, o art. 1623º estabelecia que “*entender-se-ha que o dito arrendamento foi feito por semestre ou por anno, ou por menos tempo, conforme o costume da terra*”, acrescentando-se no § único: “*Se houver costume de arrendar tanto por anno como por semestre, entender-se-ha que o arrendamento foi feito por semestre*”.

³⁰⁸⁴ DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, IV, cit., Art. 1625º, p. 81.

³⁰⁸⁵ Se se tratasse de arrendamentos rústicos por tempo determinado, não se previa qualquer obrigação de pré-aviso. Logo, os arts. 1608º e 1614º (obrigação de restituição da coisa locada no final do contrato) eram aplicáveis assim que decorresse o prazo estipulado, o que, para DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, IV, cit., Art. 1608º, pp. 67-68, acabava por ser uma repetição do regime das OF, que apenas previam a necessidade de “*prevenção para evitar a renovação tacita nos arrendamentos de predios urbanos*” (mas veja-se a opinião diferente de COELHO DA ROCHA, *Instituições*, II, cit., § 844, p. 658).

³⁰⁸⁶ Se, uma vez findo o arrendamento, o arrendatário mantivesse o gozo do prédio sem oposição, o art. 1618º presumia a renovação do contrato: por um ano, para os arrendamentos rústicos; “*por um anno, ou por seis meses, ou por menos tempo, conforme o costume da terra*”, para os arrendamentos urbanos.

³⁰⁸⁷ Novamente, DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, IV, cit., Art. 1625º, p. 81.

Mas era no art. 1631º que o ideário liberal do Código de Seabra se reflectia mais intensamente: “*Ficam sujeitos ás disposições do presente codigo todos os contractos de arrendamento de predios rusticos, ainda mesmo nos districtos ou provincias do reino, onde, antes da promulgação do mesmo codigo, taes contractos eram regulados por leis especiaes*”. Com isto, eram expressamente revogados os Alvarás de 20 de Junho de 1774 e de 27 de Novembro de 1804, na parte em que proibiam a livre cessação dos arrendamentos rurais no Alentejo³⁰⁸⁸. Diplomas que, na verdade, não haviam suscitado críticas da doutrina antecedente³⁰⁸⁹, num exemplo que confirma a asserção de BRAGA DA CRUZ: “*Redigido em pleno auge do liberalismo político e económico, o Código Civil representa, assim, a mais acabada expressão do individualismo jurídico em Portugal (...) ultrapassando até, não poucas vezes, a expectativa deixada pela obra desses juristas*”³⁰⁹⁰.

O projecto inicial do Código, apresentado por SEABRA, era menos radical, reservando o regime de liberdade contratual para as colonias do Alentejo celebradas futuramente (art. 1713º, *in fine*: “*As que de futuro se estabelecerem serão em tudo governadas como simples arrendamentos*”). Nas já existentes, os colonos apenas poderiam ser despejados nos casos enumerados no art. 1714º do projecto: falta de pagamento da renda no tempo devido; deterioração da coisa arrendada (concretizada em deixar-se arruinar os edifícios, fazerem-se estragos nos arvoredos ou na omissão das benfeitorias devidas à luz do contrato ou de costume); intenção de o proprietário viver na herdade ou mandar cultivá-la por sua conta³⁰⁹¹. O despejo teria, aliás, de ser requerido judicialmente (art. 1715º) e, se o fosse para efeito de uso pessoal do proprietário, com um mínimo de seis meses antes do fim do ano agrícola (art. 1716º)³⁰⁹². Para evitar fraudes às normas proteccionistas, o art. 1717º estabelecia que “*Se effeitudo o despejo o proprietario arrendar a herdade a outro, antes que passem*

³⁰⁸⁸ Assim, DIAS FERREIRA, *Codigo Civil*, IV, cit., Art. 1631º, p. 83.

³⁰⁸⁹ Compulsem-se, por exemplo, as análises de CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez*, III, cit., pp. 134-134, nºs 831 e ss., e de COELHO DA ROCHA, *Instituições*, II, cit., p. 660, § 847 (que se limitava a constatar que “*Em utilidade da agricultura, e favor da numerosa classe dos colonos do Aléntejo, as leis têm dado as seguintes providencias especiaes, com que de alguma maneira coarctam a liberdade dos proprietarios*”).

³⁰⁹⁰ BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit., p. 62.

³⁰⁹¹ Cf. SEABRA, *Codigo Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., p. 405. Veja-se, anteriormente, o § 4 do já citado Alvará de 27 de Novembro de 1804 (in CÂNDIDO ALMEIDA MENDES, *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, cit., p. 1020).

³⁰⁹² SEABRA, *Codigo Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., pp. 405-406.

quatro annos, poderá o colono expulso requerer o regresso pela mesma renda, que antes pagava”³⁰⁹³.

Também quanto ao valor da renda o projecto de 1858 acautelava a estabilidade da posição do colono: só poderia ser aumentado de nove em nove anos e, ainda assim, não pela mera vontade do senhorio, mas com o recurso a um louvado (“*a arbitrio de bom varão*” – art. 1718º)³⁰⁹⁴.

Estas ressalvas, propostas pelo Autor do projecto, mereceram a desaprovação da Comissão Revisora de Lisboa. Em sessão de 29 de Março de 1862, presidida por JOAQUIM FILIPPE DE SOURE, os arts. 1714º a 1719º foram eliminados³⁰⁹⁵.

E foi neste conspecto que a versão definitiva do Código expurgou do nosso ordenamento os “quistos” de protecção relativos à denúncia do arrendamento: “*com a promulgação do código*”, escrevia DIAS FERREIRA, “*podem ser despedidos desde já todos os colonos das herdades do Alentejo e da Beira Baixa, por mais longo que seja o tempo do seu arrendamento, sem outra formalidade que não seja o aviso sessenta dias antes que finde o anno agrícola, nos termos do art. 1629º do código*”³⁰⁹⁶. A nova lei civil, enformada ideologicamente por um “*individualismo que se repercute, imediatamente, na propriedade e na autonomia privada*”³⁰⁹⁷, não poderia transigir com “*similhante estado anormal e injuridico*”³⁰⁹⁸.

Assinalam-se, deste modo, duas tendências do primeiro Código Civil português ao nível da cessação do arrendamento pelo senhorio: plena liberdade de denúncia e diminuição dos fundamentos resolutivos. Em suma, visava-se, acima de tudo, o respeito do prazo convencionado.

Reflexo disso é a exigência de procedimento judicial para efectivação da cessação do contrato, ao abrigo dos arts. 498º a 507º do Código Processo Civil de 1876, que regulavam o processo especial “*Do despejo*”³⁰⁹⁹. Se não pretendesse a continuação do arrendamento para lá do prazo estipulado ou estabelecido por lei, o senhorio deveria requerer ao Tribunal a citação do arrendatário, o que era susceptível de oposição por

³⁰⁹³ SEABRA, *Código Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., p. 406.

³⁰⁹⁴ SEABRA, *Código Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., p. 406.

³⁰⁹⁵ Cf. as *Actas da Comissão Revisora*, cit., p. 250.

³⁰⁹⁶ *Código Civil*, IV, cit., Art. 1631º, p. 84.

³⁰⁹⁷ Aproveitamos o que observa SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, cit., p. 31, a propósito da grande fonte de inspiração do Código de Seabra, o Código Napoleão.

³⁰⁹⁸ Transcreve-se DIAS FERREIRA, *Código Civil*, IV, cit., Art. 1631º, p. 83, que aplaude a Comissão Revisora por ter terminado “*rasgadamente um estado impossível*” (p. 84).

³⁰⁹⁹ In *Collecção Official da Legislação Portugueza – Anno de 1876*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1877, pp. 346-347.

embargos³¹⁰⁰. Já a extinção antecipada, fundada em algum dos motivos legalmente previstos (designadamente, nos arts. 1607º e 1627º do Código Civil), concretizar-se-ia por acção, cuja contestação, em determinadas circunstâncias, poderia suspender o despejo³¹⁰¹.

3.5.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

Continuou a vigorar até 1867 o título IX do Livro IV das Ordenações Filipinas, onde se consagrava como regra geral – embora sujeita a várias excepções – a possibilidade do despejo do arrendatário pelo comprador do imóvel³¹⁰².

Não obstante, a forte condenação da solução por boa parte do pensamento jusracionalista de setecentos, bem como a consagração da regra inversa pelo *Code Civil* e pelo ALR, não deixaram de influenciar a ciência jurídica do período liberal anterior ao Código de Seabra.

Na sua dissertação sobre o tema, LOBÃO mostrou preferência pela solução oposta à do direito comum, usando como argumentos o direito natural, os direitos dos territórios neerlandeses, o respeito devido aos contratos e a necessidade de “*augmento da Lavoura*” que um preceito como o contido em C.4,65,9 poderia pôr em perigo³¹⁰³.

O afamado causídico aceitava que as Ordenações tinham adoptado a regra romana mas, invocando como critério a Lei da Boa Razão, propunha-se distinguir as situações em que a solução de OF 4,9 pr. seria aplicável daquelas em que devia ser restringida³¹⁰⁴, com o objectivo de assim se atingir um novo sistema alternativo ao

³¹⁰⁰ Art. 498º: “O senhorio a quem não convier a continuação do arrendamento alem do praso estipulado ou alem d’aquelle por que a lei o presume feito, despedirá o arrendatario fazendo-o citar para effectuar o despejo no fim do arrendamento (...) § 3º Este pedido será deduzido por meio de requerimento, sem dependencia de artigos”.

Art. 499º: “Accusada a citação, poderá o arrendatario deduzir qualquer opposição, por meio de embargos, na primeira audiencia seguinte (...)”.

³¹⁰¹ Art. 500º: “Querendo o senhorio, antes de findar o praso por que foi contratado o arrendamento, requerer o despejo por qualquer motivo que lhe dê esse direito, deduzirá o pedido em petição articulada, e fará citar o arrendatario para contestar (...) § 2º A contestação suspenderá o despejo, salvo se, tendo sido o prédio transmittido depois do contrato de arrendamento, este não produzir effeito contra o novo adquirente, ou se, tendo sido o despejo requerido por falta de pagamento de renda, o arrendatario não juntar logo documento que prove esse pagamento”.

³¹⁰² Cf., *supra*, II.1.3.4.

³¹⁰³ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., §§ 1-5, pp. 96-100.

³¹⁰⁴ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 6, pp. 100-101.

exposto por MANUEL GONÇALVES DA SILVA no seu comentário às Ordenações³¹⁰⁵.

Assim, como aquele preceito previa uma sucessão particular por título oneroso, ele seria extensível, designadamente, aos seguintes casos: colonia parciária (“*sendo esta huma especie de sociedade, não he o sucessor particular por titulo oneroso obrigado conservar sociedade com o Colono*”)³¹⁰⁶; arrematação de bens em hasta pública³¹⁰⁷; permuta³¹⁰⁸; enfiteuse³¹⁰⁹; transacção³¹¹⁰; constituição de “usufruto particular”³¹¹¹; legado particular³¹¹².

Mas, por seu turno, OF 4,9 pr. não seria aplicável: ao herdeiro universal³¹¹³; ao usufrutuário universal³¹¹⁴; ao comprador da herança universal³¹¹⁵; ao donatário universal *omnium bonorum*³¹¹⁶; ao arrendatário universal³¹¹⁷; ao donatário particular (uma vez que, além de se tratar de uma sucessão a título gratuito, a doação se devia interpretar em favor do doador e assim se evitava que este ficasse obrigado a pagar uma indemnização ao locatário)³¹¹⁸; ao sucessor do morgado e ao fideicomissário quando houvesse *interusurium* (por identidade de razão com o donatário)³¹¹⁹; o nomeado no prazo em vida do enfiteuta “*com translação de todo o dominio, e posse*” (também equiparado ao donatário, entendendo-se haver liberalidade)³¹²⁰; o senhorio que, a título gratuito, sucedesse no prazo ao enfiteuta³¹²¹; o usufrutuário que transmitisse gratuitamente o usufruto ao radiciário³¹²².

³¹⁰⁵ Tal objectivo transparece expressamente do subtítulo da obra (“*Exornações e castigações de Silva nos Comentarios á mesma Ordenação. Reduz-se toda a matéria a novos systemas, e se expõem por melhor methodo*”) e da epígrafe do “*Preludio III*” (“*Censura-se a miscellanea, e impropriedade de ampliações, e limitações exóticas, com que Silva commmentou a nossa Ordenação. Forma-se hum novo Systema*”) – LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., respectivamente pp. 96 e 104.

³¹⁰⁶ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 16, p. 106.

³¹⁰⁷ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., §§ 17-18, pp. 107 e ss..

³¹⁰⁸ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 19, p. 110.

³¹⁰⁹ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 20, pp. 110-111.

³¹¹⁰ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 21, pp. 111-112.

³¹¹¹ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 22, p. 113.

³¹¹² LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 22, p. 113. Mas, sobre este ponto, o Autor manifestou dúvidas adiante: § 36, p. 125.

³¹¹³ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 29, p. 118.

³¹¹⁴ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 30, pp. 118-119.

³¹¹⁵ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 31, p. 119.

³¹¹⁶ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 32, p. 119.

³¹¹⁷ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 33, p. 120.

³¹¹⁸ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 34, pp. 120-121.

³¹¹⁹ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 35, pp. 121-122.

³¹²⁰ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 35, p. 122.

³¹²¹ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 35, p. 122.

³¹²² LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 35, pp. 122-123.

Em suma, e como LOBÃO afirmaria a propósito das dúvidas que o assaltavam quanto ao legado (repugnando-lhe que o herdeiro respondesse contratualmente perante um arrendatário despejado pelo legatário, algo que certamente nem sequer fora excogitado pelo testador)³¹²³: “*E geralmente no meu arbitrio todo o successor particular, por titulo lucrativo [gratuito], não póde expulsar o Colono durante o tempo do Arrendamento; porque a Ord., figurando o Comprador, só pode ampliar-se ao successor particular por semelhante titulo oneroso; e toda outra interpretação he forçada, e proibida pela L. de 18 de Agosto*”³¹²⁴. Ou seja, o direito romano, repetido pelo código filipino, não era aplicável fora das situações de sucessão particular e onerosa no direito do locador³¹²⁵. O que em muito diferia da doutrina precedente, representada, por exemplo, pelo visado MANUEL GONÇAVES DA SILVA, que poucas décadas antes escrevera que “... *non tenetur emptor stare colono, cui venditor locaverat ad modicum tempus (...) procedit non solo in emptore, sed generaliter quilibet successore singulari*”³¹²⁶.

Era o início do ataque frontal ao direito de despejo pelo adquirente, feito sob a invocação (ainda que genérica) da Lei da Boa Razão e que ia muito além das exceções que a *iurisprudencia* do *ius commune* lhe fora opondo. *De iure constituto* davam-se passadas largas, embora dentro dos quadros de um jurisconsulto que, como LOBÃO, ainda citava profusamente os Autores dos séculos XVI a XVIII. Mas agora pretendia-se também, *de iure constituendo*, a abolição da regra romana.

A investida avolumou-se à medida que o século XIX avançava. Ao estudar o contrato de arrendamento, CORRÊA TELLES contrariava expressamente, por diversas vezes, a doutrina do direito romano, que antes era pacificamente recebida entre nós. A propósito da constituição do direito de usufruto, expunha que “*O usufruario universal, ou singular, deve conservar o colono ou inquilino pelo tempo, que o devia conservar o testador*”³¹²⁷, acrescentando, em nota: “*O contrario deduzem da L. 59. §. 1. ff. de Usufr. [D.7,1,59,1]; mas esta Lei é injusta*”. Logo de seguida, aduzia que “*Da mesma sorte outro qualquer legatario de bens singulares*”³¹²⁸, observando-se, também em nota: “*O contrario deduzem os DD. da L. 32. ff. Locat. [D,19,2,32]; mas é injusta*”.

³¹²³ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 36, pp. 124-125.

³¹²⁴ LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 36, p. 126.

³¹²⁵ Veja-se, ainda, LOBÃO, *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, cit., § 56, p. 145.

³¹²⁶ *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, IV, cit., ad OF 4,9 pr., n^os 1-2, p. 248.

³¹²⁷ *Digesto Portuguez*, III, cit., p. 136, n^o 841.

³¹²⁸ P. 136, n^o 842.

Indo mais longe (e, aqui, em aparente oposição frontal a OF 4,9), escrevia que “A venda, troca, ou outra alheação voluntaria que o locador faça, não dá direito ao novo adquirente para expulsar o colono ou inquilino, em quanto durar o arrendamento, que tiver feito”³¹²⁹.

Tão ampla crítica, apresentada como regime vigente, poderia levar à conclusão de que o Autor considerou caída em desuso a disciplina da compilação filipina. Contudo, em nota ao último excerto citado, CORRÊA TELLES³¹³⁰ remetia para o nº 385 do volume, inserido no estudo do contrato de compra e venda.

Aí já se encontrava a solução patenteada no nº 847: “O comprador é obrigado a conservar o colono ou inquilino da coisa comprada, pelo mesmo tempo a que estava obrigado o vendedor”³¹³¹. Mas a respectiva nota esclarece que se está perante aquilo que seria desejável – “*Desideratur*” – fornecendo-se, a seguir, os fundamentos da solução preferida, mas que se admitia que não era a que vigorava: “*O contrario decidem* [OF 4,9 pr.] e [C.4,65,9]. *Leis repugnantes á boa razão, e á L. 54. ff. de Reg. jur* [D.50,17,54]. *Em abono do art. vej. Cod. Civ. Franc. art. 1743, e Cod. de Pruss. I. p. T. 21 art. 358*”³¹³².

COELHO DA ROCHA acompanhou o repúdio da regra do direito comum, que as Ordenações Filipinas acolhiam. Depois de admitir que C.4,65,9 “*e uma consequencia logica e rigorosa do systema dos JCTos romanos sobre obrigações*”, visto que “*da locação não resulta outra obrigação senão a pessoal; o conductor não póde por isso dirigir-se contra o vendedor, com quem nada contrahiu*”, rematava: “*Não negamos, que a este rigor do sistema se sacrificou neste caso o respeito á boa fé, debaixo da qual o conductor contrahiu; e talvez, se tractassemos de jure constituendo, não duvidariamos estabelecer a regra inversa, como se acha no Cod. Civ. Fr. art. 1743, e no da Pr. P. 1. tit. 21. art. 358., no da Sard., e em outros*”³¹³³.

Como refere GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “*ninguém ousava considerar em desuso*” que o comprador do prédio arrendado pudesse despejar o arrendatário; as

³¹²⁹ *Digesto Portuguez*, III, cit., p. 137, nº 847.

³¹³⁰ Que em todos estes passos citava LOBÃO.

³¹³¹ *Digesto Portuguez*, III, cit., p. 64.

³¹³² Nota (f) da cit. p. 64. Note-se a breve aparição da regra *nemo plus iuris* – argumento não inédito no ataque à solução romana e de que já ZOLL lançara mão nos finais do século XVII.

³¹³³ *Instituições*, II, cit., p. 655, § 840 (iniciado na p. 653). Note-se que, depois das passagens transcritas, declarava-se de forma algo contraditória (*últ. loc. cit.*) “*Entretanto aquelle principio de direito romano foi explicitamente seguido na Ord. L. 4. tit. 9; e acha-se no Cod. da Austr. art. 1120, no da Baviera, e em outros modernos: e talvez apareçam fundamentos de justiça para em muitos casos o defender*”. COELHO DA ROCHA não referia que casos seriam esses e, na verdade, toda a sua exposição aponta para uma defesa da solução oposta à do direito comum.

críticas eram feitas no puro plano do direito a constituir, com apoio nos Códigos francês, prussiano e sardo³¹³⁴.

Mas, se não estamos em erro, essa análise de *iure constituendo* apenas teve lugar quanto ao estrito teor de OF 4,9 – e, portanto, para a “*venda de coisa de raiz feita a tempo, que já era arrendada, ou alugada a outrem per certo tempo*”. Os outros casos de sucessão a título singular no direito do senhorio eram tratados de modo bem distinto – e em sentido inovador.

De facto, COELHO DA ROCHA atalhava que “[C]omo a Ord. fala unicamente da venda de bens de raiz, não nos atrevemos a ampliar a sua disposição às outras alienações por título singular, ainda que no direito romano, e no Cod. da Austr. cit. art. 1120. se comprehende qualquer alienação feita pelo proprietario por título singular”³¹³⁵. Portanto, a regra romana ficaria confinada aos casos de compra e venda, não se aplicando a outros como, por exemplo, a constituição de usufruto ou de legado.

Parece-nos que essa já era a posição de CORRÊA TELLES. Recorde-se que, nas notas aos n.ºs 841 (usufruto) e 842 (legado), consideravam-se injustos os preceitos romanos, expondo-se em texto a tese contrária como sendo direito constituído. É na nota ao n.º 847 (relativo à “*venda, troca, ou outra alheação voluntaria*”) que se fazia remissão para o n.º 385 (exclusivo da compra e venda) e, só aí, a correspondente nota continha a ressalva de que se tratava de uma análise *de iure condendo*. Portanto, para a constituição do direito de usufruto, do legado, troca, ou outras transmissões a título singular diferentes da compra e venda, a doutrina apresentada (proibição de despejo pelo adquirente) dizia respeito ao direito que o Autor cria efectivamente vigente.

A mudança era de monta. Em rigor, na falta de direito pátrio que regulasse as transmissões singulares diferentes da compra e venda de bens de raiz, o § 9 da Lei da Boa Razão mandava aplicar o direito romano que estivesse de acordo com a “*boa razão*”, tal como este conceito aí era explicado³¹³⁶. Como concretização do critério, os

³¹³⁴ BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit., p. 58.

³¹³⁵ *Instituições*, II, cit., p. 655, § 840.

³¹³⁶ Na esteira da compilação manuelina, as Ordenações Filipinas (3,64 pr.), em justificação da aplicação das “*Leis Imperiaes*” na falta de “*Lei, stylo ou costume de nossos Reinos*”, declaravam: “*As quaes Leis Imperiaes mandamos, sómente guardar pola boa razão em que são fundadas*”. Tal foi interpretado por alguns Autores dos séculos XVI a XVIII (MANUEL DA COSTA, DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL e MANUEL GONÇALVES DA SILVA) como uma recepção subsidiária apenas das normas romanas fundadas na “*boa razão*”; todavia, a generalidade da doutrina não deu seguimento a esse entendimento, aceitando sem reservas a aplicação do *ius romanum*. Cf., com larguíssimos desenvolvimentos, BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 257-264.

Usando o mesmo raciocínio daquela doutrina minoritária, a Lei da Boa Razão criticava o estado de coisas vigente (§ 9; consulte-se DELGADO DA SILVA, *Colecção ... Legislação de 1763 a 1774*, cit.,

Estatutos da Universidade de 1772 determinaram (Livro II, Título V, Capítulo III, §§ 7-9) que a aferição da conformidade do direito romano com a boa razão traduzir-se-ia em indagar o *Uso Moderno* que das leis romanas se fazia nas *Nações Modernas*³¹³⁷.

p. 411): “... não obstante a restrição, e a limitação, finaes do mesmo Preambulo [de OF 3,64] contheudas nas palavras = As quaes Leis Imperiaes mandamos, sómente guardar pola boa razão, em que são fundadas =, se tem tomado por pretexto (...) para se argumentar, e julgar pelas ditas Leis de Direito Civil geral, e indistintamente, sem se fazer diferença entre as que são fundadas naquella boa razão, que a sobredita Ordenação do Reino determinou; e entre as que; ou tem vizível incompatibilidade com a boa razão; ou não tem razão alguma, que possa sustentallas, ou tem por unicas razões, não só os interesses dos diferentes partidos, que nas revoluções da República, e do Imperio Romano, governarão os espirito dos seus Prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, e Seitas, que seguirão; mas também tiveram por fundamentos outras razões assim de particulares costumes dos mesmos Romanos, que nada podem ter de communs com os das Nações, que presentemente habitão a Europa, como superstições proprias da Gentilidade dos mesmos Romanos, e inteiramente alheias da Christandade dos Seculos, que depois delles se seguirão ”.

Embora fosse claro que as OF aplicavam subsidiariamente o direito romano por o considerarem fundado na boa razão (assim, BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., p. 293), o diploma de 18 de Agosto de 1769 especificou aquilo que considerava ser a “boa razão”, sem a qual os preceitos do *Corpus Iuris Civilis* não poderiam ser seguidos: “E Mando pela outra parte, que aquella boa razão, que o sobredito Preambulo determinou, que fôsse na praxe de julgar subsidiaria, não possa nunca ser a da autoridade extrinseca destes, ou daquelles Textos de Direito Civil, ou abstractos, ou ainda com a concordancia de outros; mas sim, e tão sómente: Ou aquella boa razão, que consiste nos primitivos principios, que contem verdades essenciaes, intrinsecas e inalteraveis, que a Ethica dos mesmos romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural, formalizarão para servirem de Regras Moraes, e Civís entre o Christianismo...” (a restante estatuição sobre o que era a boa razão diz respeito ao “Direito das Gentes”, isto é, o Direito Internacional Público, e às “Leis Politicas, Economicas, Mercantís, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado ...”, pelo que interessam menos ao perímetro juscivilístico da nossa investigação).

Com isto, a Lei da Boa Razão limitou a aplicação subsidiária do direito romano aos casos em que este estivesse em sintonia com o ideário jusracionalista: BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 293-294; ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 407; RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., pp. 153-154.

³¹³⁷ O Capítulo II do Título V do Livro II dos Estatutos (sob a epígrafe “*Continua-se a mesma materia das Lições do Terceiro, e Quarto anno, pelo que pertence á applicação, que do Direito Civil Romano se pôde, e deve ainda fazer nestes Reinos*”) tratava daquilo que deveria ocupar os “*Professores do Digesto*” (§ 1, pp. 426-427). Neste âmbito, quando se fizesse “*certa a total omissão do dito caso nas Leis Patrias*”, o Professor “*isto mesmo declarará aos Ouvintes; manifestando-lhes ser este o unico caso, em que as ditas Leis Romanas foram admittidas e mandadas observar nestes Reinos em Supplemento, e Subsidio das Leis Nacionaes*” (§ 10, pp. 428-429). “*Porém, como nem todas as determinações das Leis dos Romanos nos casos omissos pelas Leis Nacionaes, se podem presentemente aplicar, e observar nestes Reinos depois da publicação da sobredita Minha Lei de dezoito de Agosto (...) antes de procederem adiante, examinarão os Professores com muita attenção se as ditas Leis são applicáveis ás causas, e negocios deste Reino...*” (§ 11, p. 429), tarefa para cuja execução se fornece um longo e complexo conjunto de regras (§§ 12 a 16, pp. 429-431).

Mas o caminho a percorrer seria de tal modo prolixo (“*E porque a confrontação das sobreditas Leis Romanas, com tantas e tão diferentes especies de Direitos, e de Leis, como são; o Direito Natural; o Divino; o das Gentes; o Politico; o Economico; o Mercantil; e o Maritimo, posto que seja o meio mais scientifico de se conhecer, se ellas são applicáveis (...) he obra de muito trabalho; depende da Lição de grande numero de Livros; e se faz superior á diligencia dos Ouvintes*”), que o legislador se viu obrigado a simplificá-lo: “*Para que mais se facilite a aquisição do necessario, e indispensavel conhecimento, a que ela se dirige, seguirão os Professores hum caminho mais plano, e mais curto; e por ele conduzirão os Ouvintes ...*”. Cf. Livro II, Título V, Capítulo III (epígrafado “*Do modo de descobrir a razão, que faz ser de uso as Leis dos Romanos para os casos omissos; averiguando a observancia, que dellas tem feito as Nações Modernas*”), § 6, p. 434.

Esse caminho “*mais plano, e mais curto*” era, tal como aquela epígrafe indicava, o da averiguação do *Uso Moderno* que do direito romano se fazia nas *Nações Modernas* (*idem*, §7), o qual seria colhido nos livros dos juriconsultos que se dedicassem ao seu estudo (*idem*, §§ 8 e 9).

Tal indagação do *Uso Moderno* (o qual, segundo os Estatutos, se encontrava nos livros dos juriconsultos das nações modernas) foi entendida como um acolhimento das obras dos juristas europeus dos séculos XVII e XVIII que se dedicaram ao estudo e depuração do sistema romanístico, *maxime* os da Jurisprudência Elegante e os da Escola do *Usus Modernus Pandectarum*; a elas se devia recorrer para encontrar o direito romano susceptível de integrar as lacunas do direito nacional³¹³⁸.

“Indagarão o Uso Moderno das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hoje habitam a Europa. E descobrindo, que Ellas as observam, e guardam ainda no tempo presente; terão as mesmas Leis por applicaveis; e daqui inferirão, que ellas não tem opposição com alguma das referidas Leis, e Direitos, com que devem ser confrontadas: Pois que não he verosimil, que se entre ellas houvesse repugnancia, pela qual se devam haver por abolidas; continuassem ainda hoje a observallas, e a guardallas, tantas, e tão sabias Nações: E isto depois de se haverem cultivado por ellas com tanto cuidado todos, e cada hum dos objectos das ditas Leis, e Direitos; depois de terem florecido, e florecerem tanto a Disciplina do Direito Natural, e das Gentes; a Politica; a Economia; a Navegação; e o Commercio; depois de se ter aperfeçoado tanto a Legislação, e de se ter accommodado aos costumes, e negocios dos ultimos seculos...” (§ 7, pp. 434-435).

“Para se instruírem no dito Uso Moderno, se aproveitarão os Professores do util, e apreciavel trabalho, que para o mesmo fim se acha já feito por grande numero de Juriconsultos em diferentes Livros; dos quaes huns são escritos pela ordem, e serie dos Livros, e Titulos, e das Leis do Direito Civil Romano; e outros são formados por Methodos arbitrarios: Sendo huns ordenados com o fim principal de mostrar tão sómente o dito Uso: E tendo outros tomado por objecto principal o ensino do Direito Romano; de sorte, que só depois de expostas as Regras, e Principios delle, he que fazem menção do uso dellas” (§ 8, p. 435).

“De todos os sobreditos Livros extrahirão os referidos Professores a Doutrina do dito Uso Moderno. E a resumirão nas Lições, que derem aos Ouvintes: Compreendendo nellas tambem a noticia dos mesmos Livros: Instruindo-os sobre o modo de adquirir conhecimento delles: Fazendo-lhes conhecer o juízo, que delles formam os Sabios: apontando-lhes os que forem mais uteis: E aconselhando-lhes, que não desprezem as occasiões, que tiverem de poder possuillos, pelo muito, que a todos importa terem sempre promptos os instrumentos de tão interessante instrucção” (§ 9, p. 435).

Vide JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Memoria Sobre a Qual Foi a Epoca Certa da Introducção do Direito de Justiniano em Portugal, o Modo da sua Introducção, e os Grãos de autoridade, que entre nos adquirio. Por cuja occasião se trata toda a importante matéria da Ord. liv. 3. tit. 64.*, in “Memorias de Litteratura Portugueza, Publicadas Pela Academia Real das Sciencias de Lisboa”, Tomo I., na officina da mesma Academia, Lisboa, 1792, pp. 321 e ss.; CORRÊA TELLES, *Commentario Critico*, cit., n.ºs 44 a 88, pp. 455-459; BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 300-302; ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 407-408; RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., pp. 155-156

Apesar de os Estatutos conterem directrizes para o ensino jurídico, foi unânime o entendimento de que os seus esclarecimentos em matéria de direito subsidiário eram aplicáveis à actividade forense: assim, JOZÉ ANASTASIO DE FIGUEIREDO, *Memoria*, cit., p. 321 (“... interpretação autentica, que o mesmo Senhor Rei se dignou dar, e fazer á dita Lei de 18 de Agosto pelo Novos Estatutos...”); CORRÊA TELLES, *Commentario Critico*, cit., n.º 49, p. 433 (“E como o Author da nossa Lei o foi tambem dos Estatutos da Universidade, que pouco depois della se publicarão, eis-aqui o que eles recommendão aos Professores de Direito Civil, e he applicavel na praxe do Foro”); M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, 3ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852, p. 284, nota B ao § 43 da p. 23 (“Fundados pois nos Estatutos, que são lei...”). Cf., igualmente, BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 300-301, e RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., p. 155.

³¹³⁸ Nesse exacto sentido, CORRÊA TELLES, *Commentario Critico*, cit., p. 459, n.º 88 (mencionando Autores alemães, belgas, holandeses e franceses, como se indicará adiante), e COELHO DA ROCHA, *Instituições*, I, cit., p. 282, nota B ao § 43 da p. 23 ([os Estatutos pombalinos] “Inculcando sempre a auctoridade das leis romanas, para coarctar o arbitrio do juiz na selecção das que eram conformes a boa razão, prescreveram-lhe como regra, que examinasse o uso moderno, que dellas faziam as nações civilizadas, consultando as obras dos seus JCTos a esse respeito. E na verdade (...) eminentes

Como tivemos oportunidade de verificar, a larga maioria desses Autores aceitava que, perante a alienação a título singular da coisa arrendada, o adquirente não era obrigado a manter a detenção do arrendatário.

Com efeito, poucos juristas europeus ousaram considerar que tal regra fora derogada pelo direito natural: na opinião de muitos, aquele até a reprovava, mas não se colocava em causa que se tratava do direito constituído. Os próprios jurisconsultos elegantes nunca negaram que, no campo do direito romano, prevalecia o direito do adquirente; se aplicavam a solução oposta, era porque assim lho exigia o *ius proprium* dos seus territórios (de quem as normas do direito comum eram apenas subsidiárias)³¹³⁹. A conservação da detenção do arrendatário, com base numa análise das disposições romanas, apenas foi aventada, *de iure constituto*, por HERMANN ZOLL e pelos seus escassos seguidores e, diga-se, sem recurso às construções do direito natural³¹⁴⁰. Só a solitária voz de SEYFFERHELD partia de uma prevalência do direito natural sobre o *ius romanum*³¹⁴¹.

A parte de leão das críticas feitas lá fora era do mesmo tipo das que corriam entre nós face a OF 4,9, ou seja, puramente *de iure condendo* – e, por isso, em nada podiam contribuir para uma mudança lusa. Nesta matéria, o efectivo *uso moderno* das nações europeias, tal como era apresentado nas obras dos seus jurisconsultos, era o da persistência do direito romano. E, portanto, ao abrigo da legislação pombalina que regulou o direito subsidiário, essa seria também a solução a aplicar em Portugal³¹⁴².

interpretes segregavam na infinita colecção do corpo do direito civil os fragmentos, e textos antiquados, daquelles, que ainda eram applicaveis nas suas respectivas nações, reunindo estes em tractados especiais ou observações, com o titulo de uso moderno. Por este methodo escreveram Strickio, Thomasio, Boehmero, Struvio, Hubero, Voet, Heineccio, e ultimamente Pothier, a cada passo citados pelos nossos escriptores³¹³⁹).

³¹³⁹ Recordem-se GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 138, e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 382.

³¹⁴⁰ *Supra*, II.1.2.5.4.

³¹⁴¹ *Supra*, II.2.3.1.

³¹⁴² Um dos problemas que se levantavam ao critério do *Uso Moderno* era o da possibilidade de desencontros doutrinários no seio dos jurisconsultos visados, como alertou CORRÊA TELLES, *Commentario Critico*, cit., nº 88, p. 459: “Os Doutores que escreverão nos ultimos tempos, sobre o uso moderno das Pandectas, discordão muito entre si. Nada ha mais frequente que Stryk censurar a Groenewegio, e Leeuwen, a Bugnyon, a Christineo, a Gudelin, a Zypeo, a Regner, a outros Doutores da Belgica, e França, por darem por abrogadas as Leis Romanas, que elle diz não o estarem, ao menos em alguns dos Estados da Allemanha” (cf., ainda, BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit., p. 42, e *O Direito Subsidiário*, cit., p. 308, ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na História do Direito Português*, cit., p. 212, e RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina*, cit., p. 159).

Por aqui se conclui – cremos – que o *Uso Moderno* não era critério que pudesse satisfazer as pretensões de mudança dos nossos juristas, pois uma muitíssimo ampla maioria de Autores, ao estudar os textos do direito romano, chegava a conclusões semelhantes sobre a possibilidade de despejo após a alienação da *res*.

Com o apelo genérico de LOBÃO à Lei da Boa Razão, a invocação da injustiça da disciplina romana (como fazia CORRÊA TELLES), ou o suposto não atrevimento de estender OF 4,9 a situações por si não previstas (na astuciosa formulação de COELHO DA ROCHA), a doutrina jusprivatista das primeiras décadas de oitocentos acabava por aplicar, a título subsidiário, o ALR e o *Code Civil*. Expediente que, então, se usou amiúde na modernização do direito privado³¹⁴³, mas que, neste caso, era levado a cabo de modo não confessado³¹⁴⁴.

Foi com este respaldo (crítica *de iure constituendo* a OF 4,9; defesa, *de iure constituto*, da aplicação de um regime idêntico aos dos códigos francês e prussiano a todas as transmissões singulares não baseadas em contratos de compra e venda de bens de raiz) que o art. 1619º do Código de Seabra se afastou do direito comum: “*O contracto de arrendamento, cuja data for declarada em titulo autentico ou autenticado, não se rescinde por morte do senhorio nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular, salvo o que vai disposto nos artigos subsequentes*”³¹⁴⁵.

³¹⁴³ Como é sobejamente sabido, os jurisconsultos portugueses da primeira metade do século XIX recorreram em grande escala às codificações civis que iam medrando pela Europa, em detrimento parcial das obras do *Usus Modernus*. Foi COELHO DA ROCHA quem elaborou uma justificação desse salto argumentativo, através do qual se passou a usar supletivamente a legislação estrangeira ao invés de doutrina, como era estabelecido pela reforma pombalina dos estudos jurídicos: “*Na verdade, se pelos Estatutos era permitido averiguar o uso moderno das nações nos escriptos dos seus JCTos, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis*” (*Instituições*, I, cit., p. 284, nota B ao § 43 da p. 23). O que não deixava de ser um sofisma, já que, amiúde, as codificações consagravam soluções diferentes, e até antagónicas, daquelas que os Autores de XVII e de XVIII haviam entendido como sendo o “uso moderno” do direito romano (como nota BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 314-315) A questão da sorte da detenção do locatário, após a sucessão singular no direito do locador, é paradigmática. Cf. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit., pp. 50-51, e *O Direito Subsidiário*, cit., pp. 311-315, e ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 453.

O sofisma mais se adensa se se recordar que na mesma época se tinha concluído, quanto à essencialidade da instituição de herdeiro e à regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, que as Ordenações, ao consagrarem excepções a essas regras de origem romana, tinham querido afastar as últimas, consagrando o regime contrário contido nas excepções (cf. BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica*, cit., pp. 53-55). Ora, seguindo a mesma lógica, se as Ordenações adoptaram a regra quanto à compra e venda (com a possibilidade de despejo pelo comprador), seria porque a quiseram consagrar para as outras alienações...

³¹⁴⁴ O tipo de raciocínio ingénuo e simplista (como o qualifica BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário*, cit., p. 314) referido na nota anterior, não deixa de lembrar aquele que COELHO DA ROCHA utilizava para apresentar como solução vigente a prevalência do direito do arrendatário nos casos de transmissão singular diferente da compra e venda. Mascarando-se a inovação com a alegada humildade de não ousar estender o regime de OF 4,9 a outras situações, aplicavam-se as disciplinas francesa e prussiana sem, contudo, as referir. Repare-se que o mesmo era feito por CORRÊA TELLES, embora sem qualquer espécie de justificação, limitando-se a observar, nas citadas notas, que o direito romano era injusto.

³¹⁴⁵ Os artigos subsequentes (1620º e 1621º) diziam respeito, respectivamente, à extinção do contrato devido a expropriação por utilidade pública (solução que se mantém: art. 1051º/f) do actual Código Civil) e à transmissão do direito do locador por efeito de execução (não subsistindo os contratos sujeitos a registo que não tivessem sido anteriormente registados).

De atentar no facto de a necessidade de declaração da data do arrendamento em título autêntico ou autenticado não constar do art. 1701º do projecto de 1858³¹⁴⁶. A solução surgiu por obra da Comissão Revisora de Lisboa, em sessão de 28 de Março de 1862, com intencionalidade claramente análoga à da exigência de “*bail authentique ou dont la date est certaine*” do art. 1743 do *Code Civil*: “Art. 1701º Foi aprovado, declarando-se que deve ficar limitado aos contractos de arrendamento com data autêntica ou autenticada”^{3147 3148}.

A posterior evolução da legislação locativa não só confirmou como alargou a solução³¹⁴⁹.

³¹⁴⁶ SEABRA, *Código Civil Portuguez. Projecto*, 1858, cit., p. 402.

³¹⁴⁷ Cf. *Actas da Comissão Revisora*, cit., p. 248.

³¹⁴⁸ Sobre o esvaziamento legislativo e jurisprudencial deste requisito, cf. JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Tratado da Locação*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, pp. 86-87. Tratou-se de um reflexo do sistema vinculístico que viria a surgir no século XX, evitando-se que a exigência de data autêntica ou autenticada o contornasse.

³¹⁴⁹ Os arts. 34º a 36º do Decreto nº 5411 repetiram os arts. 1619º a 1621º do Código. O nº 1 da Base VII da Lei nº 2114, de 15 de Junho de 1962 (in “Diário do Governo”, I Série – Número 136), que promulgou as bases do arrendamento rural, determinou, de forma ainda mais ampla, que “*Os arrendamentos não caducam por morte do senhorio nem pela transmissão do prédio, seja qual for a natureza da transmissão*” (a redacção era pouco feliz quanto à transmissão do prédio: não se colocava um problema de caducidade do contrato, mas de oponibilidade deste ao adquirente). Rege actualmente, para quaisquer locações, o art. 1057º do Código Civil de 1966, que apenas ressalva eventuais questões registais e, portanto, não exige que a data do contrato de locação esteja declarada em qualquer título: “*O adquirente do direito com base no qual foi celebrado o contrato sucede nos direitos e obrigações do locador, sem prejuízo das regras do registo*”. Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, cit., p. 400, SANTOS JUSTO, *A Locatio-Conductio Rei*, cit., p. 37, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Art. 1057º*, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014, nºs 1-4, p. 122.

HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais*, cit., pp. 139-140, nota 18 da p. anterior, defende que o aludido art. 1057º é apenas aplicável à aquisição derivada de direitos; se o direito do locador sobre a coisa locada for adquirido por via originária (por exemplo, por usucapião), a solução seria a oposta (inoponibilidade do direito do locatário ao adquirente). Cremos que não é de seguir semelhante interpretação: o preceito refere-se ao “*adquirente do direito*”, sem qualquer menção suplementar, o que abrange a aquisição originária. Nem nos parece que possa ser invocado, como faz o Autor, o entendimento diverso da doutrina alemã: o § 566, 1 BGB prevê a transmissão do locador a um terceiro (“*von dem Vermieter an einen Dritten veräußert*”), o que acentua bem a sua diferença face à regra nacional. O argumento de que os actos de aquisição originária são sempre praticados contra os direitos que incidam sobre o objecto da aquisição (HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais*, cit., p. 140), tendo valor empírico inegável, não está suficientemente plasmado na lei para que possa ser seguido, ao que acresce que a finalidade do art. 1057º (tornar imperativa a sucessão nos direitos e obrigações do locador, para protecção do arrendatário) não deixa de estar presente em qualquer das hipóteses.

Por motivos idênticos, somos da opinião de que não é de endossar a interpretação restritiva proposta (*Obrigações Reais*, cit., pp. 140-141, nota 19 da p. 138) no sentido de que o art. 1057º apenas seria aplicável após a entrega da *res*, pois só então o locatário teria iniciado o gozo. Na verdade, o inciso salvaguarda exclusivamente as regras do registo, aplicando-se, no restante, a todas as aquisições do direito do locador, sem outros requisitos. Não nos parece ser alcançável, por via interpretativa, um resultado semelhante ao § 566, 1 BGB, que impõe ao adquirente a continuação da locação tão-só se o gozo da coisa tiver sido cedido ao locatário (“*nach der Überlassung*”). Especialmente porque, ao contrário do que HENRIQUE MESQUITA pressupõe, o art. 1037º não é um lugar paralelo: neste, o locatário já goza a *res*, e é esse gozo que ele defende; na hipótese do art. 1057º, está em causa a manutenção da posição contratual do locatário, que visa aquele gozo mas que com ele não se confunde.

Ainda que a *res* não lhe tenha sido entregue, o locatário já tem o direito de o exigir (e sem ter de se contentar com uma eventual indemnização por mero equivalente no caso de não cumprimento): a posição contratual de locatário abrange o gozo efectivo, mas é mais ampla do que este e precede-o (ou, pelo menos, é dele contemporânea). Do que resulta que o direito à entrega da coisa é logo oponível ao locador, sendo, portanto, perfeitamente concebível que também o seja a quem lhe suceda. Já a defesa do gozo da *res* (*maxime* através dos meios possessórios) apenas faz sentido quando já tiver sido efectivamente proporcionado.

A solução que preconizamos pode causar prejuízos ao adquirente a quem é oposto um contrato de locação antedatado, mas que, na realidade, foi celebrado após a alienação, como alerta HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais*, cit., p. 141, o que, alegadamente, seria evitado se fosse exigida algo mais facilmente comprovável como a entrega (visto que não se continuou a exigência de título autêntico ou autenticado, presente no Código de Seabra, que visava prevenir fraudes). Não é menos verdade, contudo, que a hipótese oposta prejudica o locatário que celebrou o contrato antes da aquisição pelo terceiro, mas a quem o locador se recusou ilegitimamente a entregar a coisa, obrigando-o, nomeadamente, a recorrer às vias judiciais para o conseguir.

Desde 1962 (com a referida lei de bases do arrendamento rural) que o nosso legislador se afastou deliberadamente daquela exigência de título autêntico ou autenticado. O requisito da efectiva detenção do locatário não pode ser usado, a nosso ver, para alcançar os benefícios que tal solução podia trazer, pois, além de não ter apoio na lei, acarretaria prejuízos, possivelmente superiores, a contraentes honestos. Como o perigo advém de fraudes, é nessa sede que o problema deve ser tratado.

A relação do art. 1057º com o art. 824º/2 CC (“*Os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerarem, bem como dos demais direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, com excepção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo*”) tem dado azo a múltiplos desencontros, *maxime* jurisprudenciais, colocando-se o problema de saber se a venda executiva afecta a locação (eventualmente subsumível ou equiparável aos direitos reais referidos na disposição). Não sendo esta a sede para tratar da questão com o desenvolvimento que ela merece, remete-se para as indicações de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Art. 1052º*, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014, nºs 58-63, pp. 108-109.

Não nos repugna que a locação seja abrangida (analogicamente) pelo conceito de “*direitos reais*” presente no art. 824º/2 – cf. a argumentação de MENEZES CORDEIRO, *Art. 1052º*, cit., nº 61, p. 109: “[a] discussão deve partir das valorações legais e da ponderação dos interesses em presença: e não da prévia qualificação do direito do locatário como obrigacional ou real, no que representaria uma aplicação serôdia da jurisprudência dos conceitos (...) Constituir um penhor ou uma hipoteca e esvaziar, de seguida, o valor da coisa, através de uma locação, é prática que não pode ter a legitimação do ordenamento”. Mas, por força do art. 1057º e das regras registais, o direito do locatário é um dos que são salvaguardados se forem constituídos em data anterior ao registo de “*qualquer arresto, penhora ou garantia*”, uma vez que produz efeitos em relação a terceiros (*in casu*, o adquirente) independentemente de registo (como exige o art. 824º/2, *in fine*).

Com efeito, o art. 1057º não distingue entre vendas voluntárias ou judiciais e a remissão para as regras do registo a que procede não põe em causa o que aventamos: estão sujeitos a registo, segundo o art. 2º/1 do Código do Registo Predial, os arrendamentos celebrados por mais de seis anos e as suas transmissões e sublocações, mas o nº 5 do art. 5º do mesmo diploma (introduzido pelo art. 8º da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro) estabelece que não é oponível a terceiros a duração superior a seis anos do arrendamento não registado. Do que se infere que apenas a duração superior a seis anos será inoponível, não a existência do arrendamento.

Parece-nos seguro, portanto, que “... a venda judicial, por si, não faz caducar a locação eventualmente existente; por via do art. 1057º, o adquirente fica, automaticamente, na posição de (novo) locador” (MENEZES CORDEIRO, *Art. 1057º*, cit., nº 12, p. 123). cremos que não é diferente o resultado a que se chega mediante a aplicação dos pressupostos apresentados por HENRIQUE MESQUITA *Obrigações Reais*, cit., p. 140, nota 18 da p. 138, que se refere à inoponibilidade das relações locativas constituídas posteriormente ou que, tendo sido constituídas em data anterior, os respectivos efeitos perante terceiros dependem de registo e este não é efectuado.

3.6– O *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900)³¹⁵⁰

3.6.1 – A realização coactiva da prestação do locador

Na Alemanha, a evolução conducente ao BGB foi também no sentido da consagração do direito à execução da prestação em espécie.

Num primeiro momento, alguns elementos da Escola Histórica manifestaram-se contra a execução específica das obrigações de *facere*³¹⁵¹, como AUGUST VON BETHMANN-HOLLWEG, segundo o qual, na falta de cumprimento voluntário, o juiz apenas podia, em regra, condenar o devedor ao pagamento de indemnização pecuniária: “...wird bei obligationes in faciendo der Richter, wie früher, allgemein angewiesen, den Beklagten, der nicht freilich erfüllt, zum Geldinteresse zu condemniren”³¹⁵².

Mas já SAVIGNY considerara que *omnis condemnatio pecuniaria* era uma peculiaridade do velho processo: “... der Eigentümlichkeit des alten Prozesses, nach welcher kein Richter anders, als auf Zahlung einer Geldsumme, verurtheilen durfte”³¹⁵³.

A Pandectística fixar-se-ia numa aceitação da execução em espécie³¹⁵⁴. Citaremos, *colorandi causa*, alguns dos seus mais importantes representantes. Todos eles consideraram que a regra romana da *condemnatio pecuniaria* não era aplicável nos seus dias.

WÄCHTER expunha que, ao contrário do que se passava no antigo direito romano, a condenação pecuniária já não vigorava, mesmo para as *obligationes faciendi*: “... dann wurde er im ältern Römischen Recht bloß auf dem Werth des factum verurtheilt. Allein dies war bloß Konsequenz eines Grundsatzes, der als Regel bei allen Verurtheilungen galt, auch wenn die Verbindlichkeit auf Sachleistung ging, der aber im

³¹⁵⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Reichsgesetzblatt*, 1896, n° 21, 18 August.

O carácter tardio da codificação alemã (“a maior consagração do Direito Romano” – SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, cit., p. 101) leva-nos a estudar, antes de cada uma das soluções que consagrou, o contexto que a antecedeu (e ajudou a gerar) ao longo do século XIX, ou seja, o papel da Escola Histórica e, na sua sequência, da Pandectística, bem como a jurisprudência dos tribunais dos territórios germânicos onde ainda se aplicava o *ius commune*. Cf. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., pp. 438 e ss., e 441 e ss., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Escola Histórica do Direito*, in “POLIS – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado”, vol. 2, Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1984, cols. 1046 e ss., WIEACKER, *História*, cit., pp. 398 e ss., 425 e ss., 536 e ss., WESENBERG/WESENER, ob. cit., pp. 269 e ss., 287 e ss., e 318 e ss..

³¹⁵¹ Cf. RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., p. 950, nota 50, e OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 101.

³¹⁵² *Handbuch des Civilprozesses*, I, 1, Adolph Marcus, Bonn, 1834, p. 338 (na nota 4 é citado, designadamente, D.42,1,13,1).

³¹⁵³ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 5, Veit und Comp., Berlin, 1841, p. 122. Cf. RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., pp. 950-951.

³¹⁵⁴ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 776; RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., pp. 949 e ss..

justinianischen Rechte und bei uns überhaupt nicht mehr gilt, also auch nicht mehr bei obligationes faciendi”³¹⁵⁵.

Semelhantemente, ARNDTS traçava a evolução histórica: se no direito antigo a condenação era sempre pecuniária e no direito justiniano tal já apenas era válido para as obrigações de prestação de facto, no direito actual só haveria lugar a indemnização por mero equivalente se, em sede processual, a execução se revelasse infrutífera (“*Nach älterem Recht lautete die Condemnatio des Beklagten immer auf Geldzahlung (...) Nach Justinianischen Recht geht das richterliche Urtheil in allen Fällen zunächst auf der wahren Gegenstand der Schuldverbindlichkeit, und wird dieses auch in Ermangelung freiwilliger Erfüllung, soweit möglich, vollzogen, ausgenommen bei faciendi obligationis (...) [D.42,1,13,1] (...) Nach heutigem Recht kann auch im letztem Falle Vollziehung (...) wenn sie erfolglos ist, Ersatz in Gelde and die Stelle gesetzt werden*”)³¹⁵⁶.

FRIEDRICH MOMMSEN referia-se ao erro disseminado de se considerar que a indemnização por danos constitui o objecto das obrigações de *facere*; na verdade, essa solução radicava no velho sistema da *condemnatio pecuniaria* e não em qualquer característica própria daquela espécie de obrigações: “... verbreiteten Irrthum, daß das Interesse den eigentlichen Gegenstand der auf ein Thun gerichteten Obligation bilde (...) die Stellen (...) in der That keine eigenthümlich Bestimmung für die auf ein Thun gerichteten Obligationen enthalten, sondern nur auf die ganz allgemein geltende *condemnatio pecuniaria* sich beziehen”³¹⁵⁷.

Refira-se, por último, WINDSCHEID, que apontava o desaparecimento das dificuldades que antes se colocavam aos níveis declarativo e executivo: “*Im heutigen Recht darf weder die Condemnations- noch die Executionsfrage Schwierigkeit machen; die Condemnationsfrage nicht, weil wir das Princip der Geldcondemnation nicht mehr haben, die Executionsfrage, weil der Richter nach CPO. 774.775 die Befolgung seines Urtheils durch Strafen erzwingen kann...*” (“No direito actual não levantam dificuldades as questões da condenação e da execução; a questão da condenação porque já não temos o princípio da condenação pecuniária, da execução porque o juiz

³¹⁵⁵ CARL GEORG VON WÄCHTER, *Pandekten*, II, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1881, § 167, p. 278.

³¹⁵⁶ LUDWIG ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 9ª edição, Verlag der J. G. Cotta'sche Buchhandlung, Estugarda, 1877, § 219, p. 374.

³¹⁵⁷ *Die Lehre von der Mora*, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), Braunschweig, 1855, pp. 32-33.

pode obter coactivamente o cumprimento da sua sentença através de penas, à luz dos §§ 774 e 775 do *Civilprozeßordnung*...)”³¹⁵⁸.

Foi neste contexto que o § 241,1 BGB consagrou a favor do credor o direito de exigir a prestação: “*Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern*”³¹⁵⁹. O que é complementado por disposições processuais de índole executiva (*Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen*).

Assim, a entrega de coisa (§§ 883-886 do *Zivilprozessordnung*) é efectuada através de apreensão por funcionário judicial. A prestação de facto fungível (*Vertretbare Handlungen*: § 887 ZPO) pode ser realizada por terceiro, à custa do devedor, ao passo que a falta de prestação de facto infungível (*Nicht vertretbare Handlungen*: § 888 ZPO) conduzirá a sanções pecuniárias ou de detenção. A execução de obrigações de abstenção e de tolerância (*Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen*: § 890 ZPO) passa pela aplicação, a pedido do credor, de sanções pecuniárias; na impossibilidade de sucesso destas, o devedor pode ser detido³¹⁶⁰.

Na conclusão de RÜTTEN, a regra da *condemnatio pecuniaria* “tornou-se história”³¹⁶¹.

De facto, ainda antes da vigência do BGB, o § 771,1 da referida *Civilprozeßordnung* permitia que o devedor adstrito à cedência de coisa imóvel fosse desapossado dela, através da força pública, a favor do credor³¹⁶². O que abrangia e, simultaneamente, consolidava a posição jurídica do arrendatário (no mesmo sentido vai, no direito actual, o § 885,1 ZPO)³¹⁶³.

³¹⁵⁸ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 250, p. 4, nota 3 da p. anterior. O § 774 do *Civilprozeßordnung* de 1877 (*Reichsgesetzblatt*, 1877, n° 6, 30 Januar, p. 226) previa a aplicação de penas pecuniárias e, até, da custódia para as situações em que a prestação de facto não podia ser realizada por terceiros, dependendo da exclusiva vontade do devedor – cf. OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 121.

³¹⁵⁹ ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 472; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 776; OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 121.

³¹⁶⁰ Cf. a exposição de ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 473-474.

³¹⁶¹ RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., p. 959.

³¹⁶² “*Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen*” – *Reichsgesetzblatt*, 1877, n° 6, cit., p. 225.

³¹⁶³ Cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 44-45.

É, pois, um dado adquirido que o § 535,1 BGB³¹⁶⁴ consagra um direito do locatário à prestação *in natura* do gozo da coisa³¹⁶⁵, salvo se ocorrer uma situação de impossibilidade³¹⁶⁶.

3.6.2 – A tutela possessória do locatário

A teoria possessória de SAVIGNY³¹⁶⁷ era marcada pelo pressuposto fundamental de que o *animus possidendi* se identificava com o *animus domini* ou *animus sibi habendi*: no direito romano, para haver posse, era necessário que quem detivesse a coisa actuasse como proprietário (“...*der animus possidendi durch animus domini oder animus sibi habendi erklärt werden muss, folglich nur der als Besitzer gelten kann, welcher die Sache als Eigenthümer behandelt...*”)³¹⁶⁸.

Em adenda à 6ª edição de *Das Recht des Besitzes*, com vista ao esclarecimento de recentes objecções feitas à sua exposição sobre o *animus domini*³¹⁶⁹, SAVIGNY distinguia quatro categorias de pessoas quanto à sua relação com a *res* detida. Uma das categorias, a dos que detinham a coisa ao abrigo de uma relação contratual com o objectivo de obter vantagens próprias, era exemplificada pelo locatário (“*Der welcher die Detention aus einem contractlichen Verhältniss, aber um seines eigenen Vortheils willen, hat. Als Repräsentant der Klasse soll der Miether dienen*”)³¹⁷⁰. Era uma situação que o Autor considerava muito clara (“*ganz klar*”): quem possuía e tinha direito aos *interdicta* era o locador, sendo o locatário como que um mero administrador da posse alheia (“*Der Vermiether hat stets die possessio mit den Interdicten, die Miether hat sie*

³¹⁶⁴ “*Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten...*” (o locador está obrigado a proporcionar ao locatário o gozo da coisa locada durante a vigência do contrato, em conformidade com o acordado).

³¹⁶⁵ Vide, por exemplo, GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 16, NORBERT EISENSCHMID, § 535 BGB, in SCHMIDT-FUTTERER, *Mietrecht. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 8ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2003, pp. 123-124, HUBERT BLANK, § 535 BGB, in HUBERT BLANK/ULF P. BÖRSTINGHAUS, *Miete. BGB – Mietrecht*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004, p. 56, HANS BROX/ WOLF-DIETRICH WALKER, *Besonderes Schuldrecht*, 30ª edição, C. H. Beck Verlag, Munique, 2005, p. 151, e WALTER WEIDENKAFF, § 535, BGB, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006, p. 735.

³¹⁶⁶ GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 16; KAI-OLIVER KNOPS, § 535 BGB, in HERRLEIN/KANDELHARD, *Mietrecht Kommentar*, 2ª edição, ZAP Verlag, Münster, 2004, p. 43.

³¹⁶⁷ Sobre ela, na perspectiva aqui pertinente, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 48-50.

³¹⁶⁸ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 9, p. 110.

³¹⁶⁹ “*Die (...) vorgetragenen Lehren von der animus domini als regelmässiger Bedingung des Besitzes, und von dem abgeleiteten Besitz, haben neuerlich vielfachen Widerspruch erfahren*”: *Das Recht des Besitzes*, cit., § 9, p. 128.

³¹⁷⁰ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 9, p. 129.

gewiss nicht, sondern er ist lediglich wie ein Verwalter des fremden Besitzes anzusehen”); por outro lado, não era excogitável qualquer *quasi possessio*, por falta de uma relação jurídica autónoma face ao contrato (“Für eine *quasipossessio des Miethers fehlt es an einem selbstständigen Rechtsverhältniss, woran diese consequent angeknüpft werden könnte*”); finalmente, a *quasi possessio* era desnecessária, uma vez que o locatário tinha à sua disposição os meios contratuais que lhe permitiriam exigir protecção ao locador (“... *ist kein praktisches Bedürfniss einer künstlicheren Behandlung vorhanden, da der Miether stets eines Contractsklage hat, wodurch er den Schutz des Vermiethers in Anspruch nehmen kann*”)³¹⁷¹.

Mais adiante, o consagrado jurista reafirmava que nada na natureza da locação permitia fundamentar uma transmissão da posse (“... *Pachtcontract, da auch in der Natur dieses Vertrags kein Grund liegt, den Besitz als veräussert anzunehmen*”), não conduzindo à aquisição por usucapião (“*Was nämlich die Usucapion betrifft, so kann dieser Vertrag durchaus keinen einfluss darauf haben*”); além do mais, o locatário não precisava da tutela dos *interdicta*, pois o contrato protegê-lo-ia da violência do proprietário e ante terceiros bastavam os interditos conferidos ao *dominus* e a responsabilidade contratual deste (“... *der Interdicte ist es gar nicht nöthig, dem Pächter den Besitz zuzusprechen. Denn gegen die Gewaltthätigkeit des Eigenthümers schützt den Pächter schon der blosse Vertrag, und stört ein Dritter den Besitz, so sind die Interdicte des Eigenthümers hinreichend (...) aus den Vertrag fordern kann, dass der Eigenthümer ihn schadlos halte...*”)³¹⁷².

A influência de SAVIGNY na doutrina do século XIX foi extremamente significativa, com abundantes frutos na Pandectística³¹⁷³. Vários Autores negaram a tutela possessória a quem não detivesse com *animus domini*, especialmente ao arrendatário: nomeiam-se, entre outros, CHRISTIAN FRIEDRICH MÜHLENBRUCH³¹⁷⁴, GEORG FRIEDRICH PUCHTA³¹⁷⁵ (“*Nur dem Besitz mit dem animus domini, die eigentliche possessio (...) das Recht des Besitzes, oder juristischer*

³¹⁷¹ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 9, p. 130.

³¹⁷² SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 23, pp. 283-284.

³¹⁷³ Cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 54-55; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 85.

³¹⁷⁴ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 3ª edição, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), Halle, 1840, § 233, p. 48 (“... *in der Regel auch, daß man als Eigenthümer besitzen wolle...*”) e nota 2 da mesma p. (“*Den juristischer Besitz habe also nicht, sondern es sind nur Detentoren fremder Sachen: a) der Miethsmann...*”).

³¹⁷⁵ Talvez o mais importante discípulo de SAVIGNY e a quem, ironicamente, precedeu na morte quinze anos: WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 283-284.

Besitz (...) auch von seinem Schutz (...) genannt wird. Diesem gegenüber heißt der Besitz in fremden Namen natürlicher Besitz, Detention...³¹⁷⁶, FERDINAND MACKELDEY (... der Detention ein juristischer Besitz (possessio) (...) warden, so muss der Inhaber der Sache zugleich die Absicht (animus) haben, dieselbe wie sein Eigenthum besitzen zu wollen. Ist aber die Absicht des Inhabers einer Sache nur darauf gerichtet, dieselbe als die Sache eines Anderen besitzen zu wollen (...) non possidet, d. h. er hat keinen juristischen Besitz, oder alieno nomine possidet, d. h. er übt den Besitz für einen Anderen³¹⁷⁷; “Dies ist z. B. der Fall beim (...) Pächter³¹⁷⁸), THEODOR MAREZOLL (... dem factischen Besitz zu einem juristischen, zur eigentlichen possession macht (...) sich volle Disposition über die Sache zuzuschreiben, in dem animus (sibi) possidendi, animus domini, auch wohl animus schlechtweg genannt³¹⁷⁹, WINDSCHEID (a posse pressupunha um animus de possuir para si, o que não acontecia com o detentor, que tinha apenas o direito de se dirigir a quem lhe concedeu a res – logo, era teoreticamente injustificado oferecer ao último protecção possessória)³¹⁸⁰ ou HERMANN BRÜCKNER (... der Miether erhält nur die Inhabung (Detention) und hat zum Schutz gegen Dritte aus eigenem Rechte keine Besizteklagen...³¹⁸¹; “Der Miether besitzt nur in Namen und als Vertreter des Vermiethers³¹⁸²; “Insbesondere hat der Miether nach gemeinem (Römischen) Recht nicht das possessorium sumarissimum und die Spolienklage (interdictum unde vi)³¹⁸³).

A posição obteve reflexo jurisprudencial³¹⁸⁴. Por exemplo, segundo aresto do *Oberappellationsgericht* de Darmstadt, de 2 de Novembro de 1849 – que invocava a “teoria correcta” (*richtiger Theorie*) – o arrendatário rural não gozava da protecção interdital porque, para isso, teria de ser possuidor jurídico: “*Nach richtiger Theorie hat*

³¹⁷⁶ *Lehrbuch der Pandekten*, 10ª edição por ADOLF FRIEDRICH RUDORFF, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1866, § 123, p. 189.

³¹⁷⁷ *Lehrbuch des Römischen Rechts*, vol. II, *Besonderer Theil*, 14ª edição por JOHANN ADAM FRITZ, Druck und Verlag von Carl Gerold’s Sohn, Viena, 1863, § 211, pp. 7-8.

³¹⁷⁸ Ob. cit., § 211, nota b), p. 8.

³¹⁷⁹ *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes*, 11ª edição por TH. SCHIRMER, Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1881, § 88, p. 216.

³¹⁸⁰ *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. I, 8ª edição por THEODOR KIPP, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1900, § 149, p. 655 (“*Die Elemente des Begriffs des juristischen Besitzes sind angegeben worden: 1) die thatsächliche Gewalt über die Sache, 2) der Wille, die Sache für sich zu haben, der Aneignungswille*”), § 162a, p. 734 (“*Für die Ausdehnung des Besitzschutzes auf den Inhaber bietet sich eine theoretische Rechtfertigung nicht dar*”), e § 162a, nota 7a, p. 734 (“*Das römische Recht faßt die Inhabung nicht als Verwirklichung eines auf das haben der Sache, sondern als Verwirklichung eines gegen den Ueberlassenden, Verpächter (...) gerichteten Willens auf*”).

³¹⁸¹ *Die Wohnungsmiethen nach gemeinem Recht*, cit., pp. 14-15.

³¹⁸² *Die Wohnungsmiethen nach gemeinem Recht*, cit., p. 14, nota 5.

³¹⁸³ *Die Wohnungsmiethen nach gemeinem Recht*, cit., p. 15, nota 6.

³¹⁸⁴ Sobre ele, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 55, especialmente nota 161.

der Pächter in eigenem Namen nicht die possessorischen Interdicte, ebensowenig das *remedium spoli*, da zu deren Begründung wesentlich juristischer Besitz erfordert wird³¹⁸⁵.

SAVIGNY também negava o recurso à *actio spoli*: o cânone *Redintegranda* nunca afirmava que o Bispo espoliado devia ser reintegrado, mas, sim, que ele não podia ser acusado enquanto não fosse reintegrado (“Die ganze Stelle sagt überhaupt kein Wort davon, daß ein beraubter Bischoff restituirt werden, sondern daß er nicht angeklagt werden soll, so lange er nicht restituirt ist. Sie sagt nicht: “Redintegranda sunt omnia episcopis”, sondern: “Redintegranda sunt omnia episcopis ... ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum”)³¹⁸⁶, não lhe sendo conferida uma acção mas, tão-só, uma excepção a opor à acusação perante o Sínodo (“Also von Klag recht ist in der ganzen Sache überhaupt nicht die Rede, sondern von einer Exception gegen die Anklage vor der Synode...”)³¹⁸⁷. O Bispo injustamente espoliado era considerado Bispo e o património perdido era seu (“Der Bischoff, der durch eine “injusta causa” nicht im Besitze des Bisthums ist, soll ja wirklich Bischoff sein: das Vermögen, das er durch eine “injusta causa” verloren hat, soll wirklich sein Vermögen sein”)³¹⁸⁸; logo, não se consagrava um novo direito de acção: pressupunha-se, sim, um direito de acção já existente, traduzido nos meios de defesa já conhecidos (os *interdicta* ou a acção de reivindicação – “Ein Klagerecht ist hier nicht vorgeschrieben, sondern vorausgesetzt. Dieses Klagerecht wird in den meisten Fällen ein Römisches Interdict sein, und in den übrigen Fällen ist es eine Vindication”)³¹⁸⁹.

Seguida por ALBRECHT SCHWEPPE (“Es ist wohl ohne Grund, wenn die Praktiker die Klage auch dem Detentor geben ...”)³¹⁹⁰, PUCHTA (que, com vivacidade, acusava os praxistas alemães de estenderem de tal forma a *Spolienklage* do direito canónico que todos os casos acabavam por ser abrangidos)³¹⁹¹, ALOIS VON BRINZ (“Die hingegen von J. H. Böhmer (1674-1749) begonnene, seither von Savigny

³¹⁸⁵ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 26 (contido no vol. 6 da reimpressão de 1872), nº 11, p. 13.

³¹⁸⁶ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 50, p. 512.

³¹⁸⁷ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 50, p. 513.

³¹⁸⁸ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 50, p. 514.

³¹⁸⁹ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 50, p. 514.

³¹⁹⁰ *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, vol. I, 4ª edição, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1828, § 561, p. 467, citando SAVIGNY na nota 5.

³¹⁹¹ “Noch weiter haben deutsche Praktiker gehen wollen, indem sie die *Spolienklage* des canonischen Rechts (d. h. eben das *interdictum de vi*) so weit ausdehnen wollten, daß es kaum irgend einen Fall gäbe, worin sie nicht anwendbar wäre”. E remata que tal é um dos absurdos dessa “destrutiva” opinião (“Dieß ist eine in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtende Meinung”). Cf. *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 135, nota c), p. 205.

durchgesetzte Opposition hat dieses canonistisch-germanistische Product wenigstens (...) in seiner Ausdehnung auf den Detentor (...) überwunden)³¹⁹² ou WINDSCHEID³¹⁹³, esta posição vedava a ampliação da eficácia dos *interdicta*³¹⁹⁴, numa importante (e, como veremos de seguida, influente) resistência à *actio spoli* como meio de protecção dos simples detentores.

No mesmo sentido, uma decisão de 1842 do *Oberappellationsgericht* de Celle afastou aquele *remedium* do arrendatário rural, pois não tinha a posse jurídica: “*Die Spolienklage setzt auf Seite des Imploranten unbedingt einen juristischen Besitz voraus, und es ist daher ein Pächter nicht befugt, sie anzustellen*”³¹⁹⁵.

Em 27 de Março de 1865, o *Oberappellationsgericht* de Rostock decidiu que, apesar de a antiga *praxis* do direito comum ter protegido a mera detenção³¹⁹⁶, de acordo com as novas teorias tal deixara de ter fundamento e, desse modo, os tribunais de Mecklenburgo já não concediam a *actio* ou a *exceptio spoli* ao arrendatário: “*Die exceptio spoli steht dem Pächter wegen Entsetzung aus seinem Pachtbesitze nicht zu. Wenn zwar die ältere gemeinrechtliche Praxis den Begriff des Spoliums soweit ausdehnte, daß sie auch dem Detentor die actio spoli gab, so ist dies doch gegenwärtig in der Theorie allgemein als unhaltbar anerkannt, und hat sich in der neuern Zeit auch die Praxis der mecklenburgischen Gerichte gegen eine so weit gehende Ausdehnung des Besitzschutzes entschieden. Die exceptio spoli kann aber, ihrem Begriffe nach, nur demjenigen gewährt werden, welchem die action spoli zusteht*”³¹⁹⁷.

Finalmente, o *Oberappellationsgericht* de Lübeck (em decisão de 9 de Junho de 1871³¹⁹⁸) estabeleceu que a *actio spoli* só podia ser intentada por quem fosse possuidor jurídico: “*Zu den Voraussetzungen der actio spoli gehört nach der Rechtsprechung des*

³¹⁹² *Lehrbuch der Pandekten*, vol. I, 2ª edição, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873, § 183, p. 751-752. Como se retira da citação, BRINZ considerava que, desde a exposição de SAVIGNY, a concessão do expediente canónico ao detentor estava ultrapassada.

³¹⁹³ *Lehrbuch der Pandektenrechts*, I, cit., § 162a, p. 734 (passagem já anteriormente citada e transcrita).

³¹⁹⁴ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 57. Cf., igualmente, QUAISSER, ob. cit., p. 84.

³¹⁹⁵ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 1 (contido no vol. 1 da reimpressão de 1866), nº 225, p. 85.

³¹⁹⁶ Como vimos aquando da análise do *Usus Modernus*.

³¹⁹⁷ “Seuffert’s Archiv”, vol. 22, nº 147, p. 230.

³¹⁹⁸ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 26, cit., nº 220, p. 173. Veja-se, igualmente, no que diz respeito ao *remedium spoli*, a já analisada decisão do *Oberappellationsgericht* de Darmstadt, ali referida em nota (1).

OAG zu Lübeck nur: 1) Besitz, und zwar juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Besitzentziehung”³¹⁹⁹.

Tratou-se de um recuo claro numa tendência secular de paulatina concessão dos meios possessórios ao arrendatário, mas que esteve longe de ser unânime. Com efeito, não faltaram análises do direito romano que conduzissem a diferente resultado³²⁰⁰. Apresentaremos algumas.

Mencione-se, primeiramente, o contributo de ANTON THIBAUT. O célebre defensor da codificação civil na Alemanha identificava duas visões opostas: a dos que tinham um “amor ao absoluto e ao fácil”, em que se tudo se reduziria à busca de um *animus domini* (“*Die Liebe zum Absoluten und Einfachen hat hier zwar neuerlich viel Widerspruch veranlaßt, indem Einige einen animus domini herauszukünsteln suchten, wo er nicht ist, damit Alles blos auf das possidere animo domini hinauslaufe*”); e, por outro lado, a dos que procediam ao alargamento do *animus tenendi* para que coincidissem com o conceito fundamental de posse e abrangesse um *animus* como o do arrendatário – embora este não tivesse a posse interdital (“*Andre dagegen der animus tenendi breiter machten, um die abgeleitete possessio mit in den Grundbegriff bringen zu können, wodurch sie denn auf Definitionen des animus tenendi geriethen, mit denen man am Ende jeden animus bezeichnen kann, wie z. B. den der Pächter und Miether, obgleich diese doch im Ganzen keinen Interdicts-Besitz haben*”)³²⁰¹.

Em conformidade, colocava os detentores que retiravam da *res* uma vantagem própria (como o comodatário ou o arrendatário) ao mesmo nível daqueles que no direito romano tinham, excepcionalmente, a tutela possessória (credor pignoratício, *sequester*, *precario accipiens*): “*Nur der Faustpfandgläubiger, mit Ausnahme des prätorischen Pfandgläubigers, hat zu seiner Sicherheit mit Ausschluß des Eigenthumsbeitzers, ohne jedoch demselben die Vortheile der Verjährung zu rauben, eine juristische possessio; auch kann dieße Jedem, welcher andre Rechte an fremdem Eigenthum ausübt, durch Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend übertragen werden, also z. B. dem Sequester (...) dem Empfänger eines precarii (...) auch jeder Andre, wie der Commodatar und*

³¹⁹⁹ Sobre a corrente jurisprudencial que negou a atribuição da *actio spolii* aos detentores, cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 55, nota 161, e, outrossim, QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 83-84. Isto posto, parece-nos que padece de falta de rigor a afirmação de GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 213, de que o “retorno ao direito romano” operado pela Escola Histórica teve um âmbito exclusivamente doutrinal, sem influência na *praxis*.

³²⁰⁰ Cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 59-62.

³²⁰¹ THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, in AcP, 1835, p. 327.

*Pachter, gegen den der Eigenthümer sich der Vortheile des Besitzes begibt*³²⁰². O que SAVIGNY apontou criticamente como uma atribuição arbitrária do direito de posse (“... wird neuerlich von Mehreren behauptet, das Besitzrecht könne Willkürlich auch an jedem Pachter übertragen werden”)³²⁰³

O Autor tentou, ainda, uma nova interpretação de D.43,16,1,9-10³²⁰⁴.

SAVIGNY explicava D.43,16,1,10³²⁰⁵ no sentido de “*non tamen si colonus dejectus erit, poterit (colonus) interdicto uti*”, isto é, fazendo uma distinção entre a posição possessória da *uxor* e a do *colonus*, ao qual não cabe a protecção interdital³²⁰⁶. A tradução assim proposta seria: “Por fim, se o marido doou à *uxor* e ela for expulsa, a *uxor* pode usar o *interdictum unde vi*, mas não o pode o *colonus* (se for expulso)”.

Para o *caput* da Escola Histórica o preceito exemplificava, efectivamente, dois tipos de *naturalis possessio* (isto é, que não permitiam a aquisição por *usucapio*): uma era jurídica, em nome próprio e – tal como a *civilis possessio* – protegida pelos *interdicta* (a da *uxor*); a outra era uma pura detenção não tutelada possessoramente (a do *colonus*): “*Der Sinn der Stelle ist dieser: das Interdict gilt bei jeder (juristischen) possessio, also nicht blos bei der civilis possessio, sondern auch bei der naturalis possessio, bei dieser jedoch nur dann, wenn sie eine (juristische) possessio ist. So ist zwar der Besitz der Frau sowohl, als der des Pächters, unter der naturalis possessio enthalten, der beiden sind gleich unfähig zur Usucapion, aber das Interdict hat nur die Frau, nicht der Pachter, weil nur die naturalis possessio der Frau als eigentliche possessio betrachtet werden kann*”³²⁰⁷.

Ora, THIBAUT discordava (“*Den Einwand daß die detentores nomine alieno gar nicht mit in die Eintheilung der possessorum gebracht werden dürften, kann ich nicht gelten lassen*”): D.43,16,1,9³²⁰⁸ não obstaría a que a mera detenção fosse tutelada pelos *interdicta*, pois em D.41,2,1 pr. a palavra *possessio* compreendia a posse

³²⁰² THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, vol. I, 9ª edição por ALEXANDER AUGUST V. BUCHHOLTZ, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, Iena, 1846, § 216, p. 169 (que na nota c) assume a divergência face a SAVIGNY).

³²⁰³ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 9, nota 1, p. 121.

³²⁰⁴ THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, cit., pp. 355 e ss.

³²⁰⁵ Cujo teor é, recorde-se, “*Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus*”.

³²⁰⁶ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 7, p. 80, nota 2 da p. anterior. Cf. THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, cit., pp. 355-356.

³²⁰⁷ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 7, pp. 97-98.

³²⁰⁸ Recorde-se, também, o seu teor: “*Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*”.

natural³²⁰⁹ e em D.45,1,38,7³²¹⁰ e D.41,5,2,1³²¹¹ os detentores eram designados possuidores naturais³²¹². Pelo que não só a posse civil, mas também a natural, nesse sentido amplo, seriam protegidas interditalmente (“*Der §. 9. cit. spricht es erst aus, daß das interdictum unde vi nicht bloß dem Civil- sondern auch dem Natural-Besitzer zustehe*”)³²¹³.

O parágrafo 10, em contrapartida, conferiria ao marido doador o direito de recorrer ao *interdictum* se a *uxor* donatária fosse expulsa: apesar da proibição da doação entre cônjuges, o marido não poderia deixar de ter meios de defender a posse³²¹⁴. Ou seja, “*poterit*” referir-se-ia a “*maritus*” e não a “*eaque*”³²¹⁵. Isto porque – continuava THIBAUT³²¹⁶ – era lícito ao marido defender os direitos da mulher, em nome da unidade moral que os unia (“*moralische Einheit mit seiner Frau*”), conforme promanava de D.47,10,2³²¹⁷ e D.47,10,15,24³²¹⁸.

Os parágrafos 9 e 10 teriam, assim, âmbitos distintos. O primeiro atribuiria o *interdictum unde vi* aos possuidores civis e naturais; já D.43,16,1,10 não conteria qualquer exemplificação concretizadora do parágrafo anterior, mas estabeleceria, numa estatuição perfeitamente autónoma, o direito de defesa da posse pelo *maritus* contra

³²⁰⁹ “*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katoxyn dicunt*”.

³²¹⁰ “*Haec quoque stipulatio: "possidere mihi licere spondes?" utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. Sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur*”.

³²¹¹ “*Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. Et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*”.

³²¹² THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, cit., p. 357.

³²¹³ THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, cit., p. 359.

³²¹⁴ Cf. a exposição de THIBAUT em *Civilistische Abhandlungen*, J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1814, p. 339: “*Die Gegner hatten nämlich gewiß eingewandt: wegen des Verbote der Schenkung könne der Mann der Frau auch nicht den Besitz übertragen. Dem begegnet nun Paulus recht in seiner gewohnten Weise mit dem durchgreifenden Grunde: man kann doch dem Mann nicht verwehren, seinen Besitz zu derelinquieren. Damit gibt sich alles Uebrige, indem ja, nach den Begriffen vom Besitz, nun der Frau auch nicht verwehrt werden kann, zuzugreifen, und einseitig einen Besitz zu erwerben. Für das interdictum unde vi haben wir auch noch ein bejahendes Fragment, welches, selbst wenn es besser auf andre Art erklärt wird, als bisher, doch immer den Satz enthält, daß der Beschenkte sich des Interdicts bedienen könne*”. O “*bejahendes Fragment*” que demonstraria a possibilidade de defesa do marido é, segundo a nota 3 da mesma página, D.43,16,1,9-10.

³²¹⁵ THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, cit., p. 358-359.

³²¹⁶ *Ueber possessio civilis*, cit., p. 360.

³²¹⁷ “*Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est*”: a iniúria cometida contra o marido não permite à *uxor* agir, porque corresponde à equidade que o marido defenda a *uxor* e não o contrário.

³²¹⁸ “*Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat*”: o *sponsum* pode intentar acção por iniúria cometida contra a *sponsa*.

uma expulsão da *uxor*, o que não se estenderia à eventual evicção sofrida pelo *colonus* (“... folgt im § 10. cit. nicht ein Beispiel für den letzten Theil des § 9. cit., sondern ein fortschreitender Zusatz, welcher bemerkt, daß das, jedem possessor im weitesten Sinn zustehend *interdictum unde vi* sogar in Einem Fall auch Demjenigen zustehe, welcher gar kein Besitzer war, nämlich der Mann, wenn die beschenkte Frau aus der, ihr geschenkten Immobilie (...) herausgeworfen sey, welches Recht des Mannes aber nur angenommen werden könne, wenn die Frau, nicht aber wenn ihr Pächter entesetzt sey”)³²¹⁹. O arrendatário, como possuidor natural, poderia autonomamente lançar mão do *interdictum*.

Ainda que *poterit* se referisse à *uxor*, o segmento “*non tamen si colonus*” significaria que ela não poderia beneficiar do *interdictum* quando o arrendatário fosse expulso: “*das Interdict hat die Frau (sofern man das poterit auf sie beziehen will) nicht, wenn der colonus entesetzt wird*”³²²⁰.

SAVIGNY, para quem a palavra “*denique*” demonstrava a ligação lógica entre os dois textos³²²¹, não deixou passar incólume a crítica sofrida. *Poterit* apenas se poderia referir ao sujeito mais próximo, isto é, “*eaque*” (e não a “*maritus*”), sob pena de uma construção natural e simples ser substituída por uma solução forçada. Por sua vez, por que motivo trataria ULPIANUS desta matéria em sede de doações entre cônjuges, se ela teria alcance geral? É que tal poderia induzir no erro de que o *interdictum* somente era atribuído ao marido devido à nulidade da doação³²²².

Subjacente ao prolixo raciocínio de THIBAUT estava, na verdade, um intuito de matriz jurídico-política³²²³: eram nocivas situações em que o arrendatário, v.g., fosse perturbado por arruaceiros que batessem nas persianas e fugissem, ou nas quais sofresse despejos que o deixassem desprotegido no meio da rua. Para as evitar, dever-se-iam reconhecer exceções às regras gerais, de modo a permitir a tutela possessória dos possuidores naturais: “*Jeder wird und muß mir beipflichten, wenn ich behaupte, daß es bei weitem nicht so arg ist, wenn Tumultuanten dem Miether an die Fensterläden klopfen, und dann davon laufen, als der Miether, durch dritte, oder gar durch den Vermiether selbst, aus dem Hause geworfen wird, und nun hülflos auf der Straße liegen*

³²¹⁹ *Ueber possessio civilis*, cit., pp. 359-360. Se bem vemos as coisas, a proposta interpretativa de THIBAUT seria esta: “Por fim, se marido doou à *uxor* e ela for expulsa, o marido pode usar o *interdictum unde vi*, mas não pode se for expulso o *colonus*”.

³²²⁰ THIBAUT, *Ueber possessio civilis*, cit., p. 357.

³²²¹ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 7, p. 79, nota 1.

³²²² SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 7, pp. 79-80, nota 2.

³²²³ O que é sublinhado por WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 59.

bleibem muß (...) Regeln Ausnahmen haben können. Auch kann man definierend mithelfen, indem man sagt: *possessores in engerem Sinn sind diejenigen Inhaber einer Sache, welche in Ganzen alle remedia possessoria haben; wodurch denn für die Natural-Besitzer zum zweck einer Ausnahme die Tür offen gelassen wird*³²²⁴.

As teses de THIBAUT obtiveram seguidores, sendo inteiramente endossadas por GEIGER: “... nicht nur der Pächter, sondern, wie Thibaut durchaus richtig behauptet, jeder Natural-Besitzer kann gebrauch von dem interd. unde vi machen”³²²⁵.

Também influenciado por esta orientação, surgiu o trabalho de KARL PFEIFER sugestivamente intitulado *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz? Eine Abhandlung gerichtet gegen die v. Savigny'sche Doktrin über das Recht des Besitzes* (“O que é e o que vale a posse no direito romano? Um ensaio dirigido contra a doutrina de v. Savigny sobre o direito de posse”)³²²⁶.

D.43,16,1,9-10 não confirmariam a doutrina de SAVIGNY, pois “*non tamen si colonus*” e “*si colonus*” estariam relacionados com “*deiecta sit*” e não com qualquer recusa do *interdictum* ao arrendatário: “*Ich ergänze also den Satz einfach so: non tamen si colonus und si colonus beziehe ich blos auf si ea dejecta sit. Die Konstruktion Savignys ist zwar auch nicht unnatürlich, die meinige daucht mir aber doch natürlicher (...)* In Summa weder aus dem L. 1 §. y u. 10 D. de vi noch aus den übrigen p. 41 citirten Stellen folgt etwas für die Savignysche Theorie, im Gegentheile sprechen manche gegen dieselbe, alle aber lassen sich weit natürlicher und besser nach der von mir aufgestellten Theorie erklären”³²²⁷. Uma correcta interpretação do parágrafo levaria à conclusão de que o *colonus* estava protegido pelo interdito (“*Ferner enthält [D.43,16,1,10] welche Sav. für sich anführt, nach der bereits angegebenen richtigen Interpretation eine Bestätigung für den Satz, daß auch der blosse Detentor das interd. vi habe*”)³²²⁸.

Apesar dos gravíssimos prejuízos que uma expulsão lhe poderia causar, à luz da teoria de SAVIGNY o arrendatário mais não teria do que uma *actio de dolo*, de natureza subsidiária, contra quem o expulsou (“*Der Vertreibung aus dem Pachtgute kann dem Pächter ungemein viel schaden, und nach Sav. Theorie hätte er ausser der subsidiären*

³²²⁴ Ueber possessio civilis, cit., p. 362.

³²²⁵ Beitrag zur Lehre vom interdictum unde vi und dem remedium spoliū, in “Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß”, 1839, pp. 252-253.

³²²⁶ Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen 1840.

³²²⁷ PFEIFER, Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?, cit., p. 46.

³²²⁸ PFEIFER, Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?, cit., pp. 59-60.

a. *de dolo kein klagen auf seine Interesse gegen der Dejicanten*”³²²⁹. Restando a responsabilidade contratual, PFEIFER questionava-se retoricamente se, nessa hipótese, a mera outorga de uma pretensão contra a outra parte não seria contraditória com a mais básica ideia de justiça, uma vez que o senhorio não estava obrigado a prestar-lhe garantia contra perturbações delituosas: “*Wenn jemand aus Malice über den Pächter hergeht und ihn aus dem Pachtgute hinauswirft, so soll der Verpachter ihn dafür schadlos halten! Widerspricht dies nicht der ersten Idee von Gerechtigkeit? (...) nie aber, daß er ihm auch gegen frevelhafte Störungen garantire*”³²³⁰.

Mesmo a cessão do direito ao *interdictum* não seria satisfatória, pois mais não poderia ser exigido do que o *id quod interest* do senhorio (nos termos de D.43,16,1,31³²³¹ e D.43,16,6³²³²), nunca o do próprio arrendatário, que era distinto daquele: “*Wie verhält es sich aber mit der Cession des Interdicts?(...) steht gewiß dem Verpachter das interdictum de vi zu (...) denn forderte er das Interesse eines Andern, so würde ihm ja die exc. tua non interest entgegenstehen [D.43,16,1,31;-43,16,6]; das Interesse des Pächters ist aber von diese verschieden*”³²³³.

A atribuição do *interdictum* ao arrendatário seria, assim, uma necessidade premente: “*Das interdictum unde vi ist ein dringendes Bedürfniß für den Pächter, und überhaupt für den detentor, und daher anzunehmen, daß es denselben zustehe*”³²³⁴.

PFEIFER propunha, ainda, a interpretação de vários dispositivos romanos, com o objectivo de tutelar interditalmente o arrendatário³²³⁵. Como SINTENIS também analisou, no mesmo sentido, os que nos parecem mais significativos, passaremos ao respectivo contributo.

Além de tratar de pontos já focados a propósito de outros Autores, SINTENIS concluía que, do facto de se atribuir protecção ao possuidor natural em D.43,16,1,9, resultava que os outros *interdicta* não tutelavam a *naturalis possessio* (como se

³²²⁹ PFEIFER, *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?*, cit., p. 58.

³²³⁰ PFEIFER, *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?*, cit., p. 58.

³²³¹ “*Qui vi deiectus est, quidquid damni senserit ob hoc quod deiectus est, recipere debet: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus*”.

³²³² “*In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere: et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id est tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri*”.

³²³³ PFEIFER, *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?*, cit., pp. 58-59.

³²³⁴ PFEIFER, *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?*, cit., p. 59.

³²³⁵ *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?*, cit., pp. 59-62.

comprovaria a propósito do *interdictum de rivis*³²³⁶). Logo, a posse natural de D.43,16,1,9 apenas se poderia referir à mera detenção (em regra não protegida por *interdicta* e, por isso, excepcionalmente defendida neste caso): “*Der Satz, wie die Form, nam et etc., ergeben offenbar, dass die anderen Interdikte aus der p. naturalis nicht entspringen (was auch fr. 9. de R. V. bestätigt), sondern nur jenes, und mithin kann naturalis poss. nur die detentio bedeuten*”³²³⁷.

Por outro lado, D.43,16,1,33³²³⁸ admitia o recurso ao *interdictum unde vi* quando a expulsão foi acompanhada do esbulho de coisas que se encontravam no *fundus* e que haviam sido tomadas em locação. Ora, o parágrafo imediatamente anterior³²³⁹ referia-se à possibilidade de recuperar através do *interdictum* as demais coisas subtraídas com violência, mesmo quando o próprio *fundus* seja restituído, o que permitiria vislumbrar um autónomo direito do locatário ao *interdictum unde vi*: “*Nach fr. 1. §. 33. de Vi giebt Savigny selbst zu, dass, wenn mit der Dejektion auch bewegliche Sachen verloren gegangen, diese selbst vom Dejicirten dann durch das Int. de vi zurückgefordert werden können, wenn er sie nicht im juristischen Besitz gehabt habe, und hilft sich nur damit, dass er sie als Nebensachen neben der Hauptsache, dem Grundstück, betrachtet. In §. 32. eod. ist aber dasselbe von solchen Sachen gesagt, auch wenn fundus bereits restitutus sei*”³²⁴⁰.

Finalmente, estaria errada a interpretação de D.43,16,12 que apenas admitisse o *interdictum* a favor do arrendatário quando este adquirisse a posse jurídica por força da expulsão do senhorio (“*Nur über fr. 12. de Vi sei noch bemerkt, dass in dieser Stelle offenbar irrig der Satz ausgesprochen gefunden wird, dass dem Pächter das Int. nur dann gegeben werde, wenn und weil er durch Dejektion des Verpächters selbst den juristischen Besitz erworben habe*”). A parte final do fragmento (“*quem deiecisset*”) conteria os fundamentos pelos quais o *colonus* poderia ser demandado, não

³²³⁶ D.43,21,1,9: “*Hoc interdictum competit etiam ei, qui ius aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficiat non vi non clam non precario duxisse*”.

³²³⁷ SINTENIS, *Das Praktische gemeine Civil Recht*, vol. I, 3ª edição, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1868, § 42, p. 456, nota 24 da p. anterior.

³²³⁸ “*Quod autem ait praetor: "quaeque ibi habuit", sic accipimus, ut omnes res contineantur, non solum quae propriae ipsius fuerunt, verum etiam si quae apud eum depositae vel ei commodatae vel pignorate, quarumque usum vel usum fructum vel custodiam habuit, vel si quae ei locatae sunt: cum enim dicat praetor "habuit", omnia haec habendi verbo continentur*”.

³²³⁹ D.43,16,1,32: “*Si fundus, a quo vi expulsus sim, mihi restitutus esset, ceterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est interdictum nihilo minus tenere, quia verum est vi esse deiectionem. Plane si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione, potest hoc suo arbitrio habere, et ita Iulianus scribit: idem scribit et si quis vi bonorum raptorum de huiusmodi rebus velit experiri*”.

³²⁴⁰ SINTENIS, *Das Praktische gemeine Civil Recht*, I, cit., § 42, p. 456, nota 24 da p. anterior.

aqueles que lhe permitiriam demandar: “*In den Schlussworten: quem dejecisse etc. ist ja nämlich der Grund angegeben, weshalb er mit dem Int. verklagt wer den könne, nicht, weshalb er damit klagen könne*”³²⁴¹.

Outra proposta, desta feita claramente influenciada pelo direito austríaco³²⁴² (no qual, como se verificou, o locatário gozava da posse de direitos), proveio de BRUNS, que desenhou uma relação de analogia entre a detenção do arrendatário e a *quasi possessio* do usufrutuário, conducente a uma protecção semelhante das duas situações (“... *Analogie vom Nießbrauche. Der Miether, Pächter u. f. w. werden nicht in Besitze der Sache, sondern in Quasibesitze ihres Rechtes geschütz, wie der Nießbraucher*”)³²⁴³.

Se tal não era possível no direito romano, pois o *animus* do locatário dirigia-se a uma prestação do locador, sê-lo-ia quando BRUNS escreveu: a *praxis* e o sentimento dominante já aceitavam que o arrendatário pretendia usar directamente a coisa e, por isso, a sua posição devia ser tutelada contra terceiros e contra o próprio locador (“*Nach Römischem Rechte war diese Annahme nicht möglich, weil danach der animus des Miethers gerichhtet ist, und er die Sache selber nur indirect aus dessen Person haben und nutzen will (...)* Die moderne Praxis hat sich dies populärer und angenommen, daß der Pächter die Sache wegen und bis zum Maaße seines Pachtrechtes unmittelbar haben und nutzen will und in dieser Ausübung seines Pachtrechtes sowohl gegen Dritten als den Verpächter selber geschützt sein will”)³²⁴⁴.

JHERING³²⁴⁵, por seu turno, arrazoava que a primitiva noção romana de detenção não era viável e, por isso, não resistira ao teste da História (“*La notion romaine de la détention dans sa forme originaire, n’ a pas soutenu l’ épreuve historique; elle ne compte point parmi les idées saines, viables, vigoureuses du droit roman...*”)³²⁴⁶.

Atrás das noções de posse e de detenção estava, no terreno da vida prática, um conflito dos diferentes *interesses* em jogo (“... *l’ histoire ultérieure de la détention nous montre la lutte de la notion de détention avec celle de possession. Mais, derrière les notions, se trouvent, sur le terrain de la vie pratique, les intérêts (...)* ce sont les intérêts pratiques réels de la vie qui sont en jeu dans la question de savoir si dans un rapport on

³²⁴¹ SINTENIS, *Das Praktische gemeine Civil Recht*, I, cit., § 42, p. 456, nota 24 da p. anterior.

³²⁴² Como aponta WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 60.

³²⁴³ *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Hermann Böhlau, Weimar, 1874, § 21, p. 243.

³²⁴⁴ BRUNS, *Die Besitzklagen*, cit., § 21, p. 243.

³²⁴⁵ Cuja interpretação dos preceitos romanos já foi analisada, *supra*, I.3.2.2.

³²⁴⁶ JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., p. 396.

doit admettre la possession ou de la détention”)³²⁴⁷. A atribuição da posse aos detentores, corresponderia, assim, à tomada em consideração do interesse de quem detém, de facto, a *res* (“*L’ intérêt de celui qui détient de fait est seul prise en considération*”)³²⁴⁸.

Este tratamento da posse como protecção de interesses³²⁴⁹ não pode deixar de nos remeter para a concepção jheringiana do direito subjectivo como “interesse juridicamente protegido”, manifestada já no terceiro tomo de *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (cuja primeira edição é de 1858)³²⁵⁰. E tem de ser contextualizado no ataque que *Der Besitzwille* (que utilizamos na autorizada tradução francesa) pretendeu desferir na teoria subjectivista do *animus domini* de SAVIGNY³²⁵¹, que, segundo o Autor, teria entrado em total falência (“...*produit en scandale et fait une banqueroute aussi complète*”)³²⁵².

A negação do uso dos expedientes possessórios do direito canónico também encontrou opositores³²⁵³: o recurso à *actio spoli* foi preconizado por RUDOLPH VON HOLZSCHUHER (“... *der Pächter gegen den Verpächter das remed. spoli* gegen

³²⁴⁷ JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., pp. 396-397.

³²⁴⁸ JHERING, *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., p. 398. Sobre o carácter marcadamente jurídico-político da argumentação de JHERING, vd. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 65.

³²⁴⁹ WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 288.

³²⁵⁰ *L’ Esprit du Droit Romain dans les Diverses Phases de son Développement*, vol. IV, tradução da 3ª edição alemã por O. DE MEULENAERE, 2ª edição, A. Marescq, Aîné Éditeur, Paris, 1880, pp. 325-326: “*Deux éléments constituent le principe du droit; l’ un substantiel, dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est l’ utilité, l’ avantage, le gain assuré par le droit, l’ autre formel (...) la protection du droit, l’ action en justice (...) Par lui-même le premier ne crée qu’ un état de fait d’ utilité ou de jouissance (intérêt de fait)(...) lorsque la loi vient la protéger (...) elle devient un droit. La sûreté juridique de la jouissance est la base du principe du droit. Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. Utilité, bien, valeur, jouissance, intérêt, telle est la succession des idées qu’ eveille le premier element...*”. Cf. WIEACKER, *História*, cit., p. 516.

³²⁵¹ O que o prefácio da edição alemã (pp. IV e ss.) assume sem reboços, contrapondo o *método formalista ou dialéctico* ao *método realista ou teleológico* (p. VII), uma vez que o primeiro estaria marcado por uma completa esterilidade científica e o segundo por enorme fecundidade (p. VIII).

Trata-se de uma aplicação do pensamento finalista de JHERING, plasmado em *Der Zweck im Recht*, obra invocada na p. VIII daquele prefácio e cuja “... *ideia base (...) é a de que o fim é o criador de todo o Direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático*” (“*Der Grundgedanke des gegenwärtigen Werkes besteht darin, dass der Zweck der Schöpfer des gesammten Rechts ist, dass es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, d.i. einem praktischen Motiv seinen Ursprung verdankt*”): *Der Zweck im Recht*, vol. I, 3ª edição, Druck und Verlag Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1893, p. VIII. Cf. KARL LAREZ, *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução de JOSÉ LAMEGO), 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 59 (socorremo-nos da tradução aí contida, devida a JOSÉ LAMEGO), WIEACKER, *História*, cit., p. 516-517, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 289, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Alguns Marcos do Século na História do Pensamento Metodológico-Jurídico*, in BFDUC, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 160-161.

³²⁵² Vd. o aludido prefácio, p. IX.

³²⁵³ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 57-58; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 85-86.

gewaltsame Vertreibung gebrauchen kann”)³²⁵⁴, SINTENIS (“*Steht dagegen die actio spoli, nicht nur dem juristischen spoliirten Besitzer, sondern jedem Detentor zu...*”)³²⁵⁵, BRUNS (que, depois de uma interessantíssima resenha histórica³²⁵⁶, concluía que no direito moderno havia que apontar como fundamento da solução o interesse próprio do detentor na *res*³²⁵⁷)³²⁵⁸, JHERING (que, ao criticar PUCHTA, afirmava que os contributos canonísticos foram um progresso considerável em relação ao direito romano)³²⁵⁹ ou DERNBURG. Segundo este pandectista tardio – expressamente na esteira de SAVIGNY –, o locatário não era possuidor, mas mero detentor³²⁶⁰. Apesar disso, ao analisar as características da *actio spoli*, e em homenagem às novas necessidades económicas e concepções jurídicas (muito diferentes das do tempo do direito romano), DERNBURG atribuía legitimidade activa aos detentores que tivessem um interesse próprio na detenção, *maxime* o arrendatário: “*Die Eigenthümlichkeit des Spolienklage sinde folgende: a) Sie kommt nicht bloß juristischem Besitz zu gute. Auch die Detention zu eigenem Interesse, insbesondere des Miethers, Pächters (...) reich aus. Hiernach haben diese Personen, insbesondere Miether und Pächter, Besitzschutz,*

³²⁵⁴ *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, vol. II, 3ª edição por JOHANNES EMIL KUNTZE, Baumgärtner Buchhandlung, Leipzig, 1864, § 90, p. 75. Cita-se, entre outros, LEYSER.

³²⁵⁵ *Das Practische gemeine Civilrecht*, vol. II, 3ª edição, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1868, § 124, p. 752, nota 48 da p. 749.

³²⁵⁶ *Die Besitzklagen*, cit., § 21, pp. 226 e ss..

³²⁵⁷ “*Aber die moderne Praxis und Gesetzgebung hat doch nun einmal unverkennbar die Meinung, die Detention zu schützen. Irgend einen vernünftigen Grund hat ein solches Streben immer. Man muß ihm also weiter nachgehen (...) Der modern Grund liegt aber natürlich in nichts anderem, als daß der Detentor in fremden Namen neben dem fremden Interesse eben auch ein eigenes selbständiges Interesse bei der Detention haben kann, und dieses auch einen selbständigen Schutz fordert. Alles Recht und alle Klagen sind zum Schutze der Interessen da, und wo ein wirkliches rechtliches Interesse ist, muß auch eine Klage möglich sein (...) der Miether oder Pächter bei Störungen oder Entziehungen Dritter zum Schutze seines Pachtinteresses ganz auf die Vermittlung des Vermiethers oder Verpächters angewiesen sein soll*”: *Die Besitzklagen*, cit., § 21, p. 236.

³²⁵⁸ Recorde-se que BRUNS propugnava também, como expediente de protecção do arrendatário, a extensão do regime da *quasi possessio*.

³²⁵⁹ Referindo-se a X.2,13,18, JHERING considerava que “*Il a comblé de cette manière une lacune incontestable que contient la théorie de l’ interdit unde vi romain, du moins tell qu’ elle se présente dans nos sources...*”, algo que comparava favoravelmente ante aquilo que cria ser a insistência de PUCHTA numa suposta correcção teórica, em detrimento das necessidades práticas: “*Chez le pape, la vue claire de ce qu’ il faut en pratique, non obstante juris civilis rigore, comme il ajoute lui-même; chez PUCHTA, le sacrifice complet de ces nécessités dans l’ intérêt exclusif d’ une prétendue correction théorique*”. “*Le somme de ce que le moyen âge a fait pour le détenteur*”, continuava JHERING, “*(...) au moyen du sumarissimum, de l’ actio spoli et de leur extension contre le tiers possesseurs, il lui a donné une protection possessoire complète, et c’ était là en tout cas un progrès considérable sur le droit roman*”. Cf. *Du Rôle de la Volonté dans la Possession*, cit., p. 393.

É visível o afloramento da tensão entre a “pirâmide de conceitos” desenhada pelo discípulo de SAVIGNY e o “utilitarismo objectivo ou social” (“*gesellschaftlichen oder objectiven Utilitarismus*”) de JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. II, 2ª edição, Druck und Verlag Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1886, p. 215 – vide WIEACKER, *História*, cit., pp. 456 e ss., especialmente nota 77, e 517-518, LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 23 e ss. e 55 e ss., especialmente p. 62, e FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Alguns Marcos*, cit., p. 161.

³²⁶⁰ *Pandekten*, vol. I, 5ª edição, Verlag von H. W. Müller, Berlim, 1896, § 174, pp. 411-412.

welchen sie in Rom nicht hatten. Dies entspricht den wirtschaftlichen Bedürfnissen un Rechtsanschauungen der neueren Zeit”³²⁶¹.

Acresce que, apesar da tendência jurisprudencial contrária já examinada, os tribunais alemães nunca deixaram de conceder a *actio spoli* ao detentor que tivesse um interesse próprio ao exercer o seu direito sobre a *res* – e fizeram-no de forma crescente durante a segunda metade de oitocentos³²⁶². Segue-se um exame de espécimes ilustrativos.

O *Cassationshof* de Wolfenbüttel (em decisão de 25 de Novembro de 1859)³²⁶³, após expor a tese de SAVIGNY e reconhecer a aceitação doutrinal generalizada que alcançou (“... *die Spolienklage, wie von v. Savigny (...) überzeugend nachgewiesen und seitdem dem in der Theorie allgemein anerkannt ist*”), contrariou-a e, invocando a praxe judicial do Ducado de Brunswick, outorgou a *Spolienklage* ao simples detentor que foi esbulhado (“*Eine ziemlich allgemeine und auch in den Gerichten des Herzogthums Braunschweig zur Geltung gelangte Praxis hat jedoch dieser Klage eine größere Ausdehnung, namentlich auch in der Richtung gegeben, daß schon die rechtswidrige Entziehung der Detention, die unbefugte Aufhebung eines dem gemeinen Rechte nicht widerstreitenden factischen Zustandes, solche begründen soll*”). Aduzia-se que a mera detenção/posse natural só era protegida quando o detentor nela tivesse um interesse jurídico próprio – ora, o requisito era preenchido pelo arrendatário, que não era um simples mandatário que detivesse no interesse de um principal (“... *die Fortsetzung des Naturalbesitzes im eigenen rechtlichen Interesse des Detentors liegen müsse, wenn die Entziehung desselben als Spolium gelten sollte, wie dies der Fall ist beim Pächter und procurator in rem sua, keineswegs aber beim simplen Mandatar, welcher nicht im eigenen sondern im Interesse des Principals detinirt ...*”).

Semelhantemente, o *Obergericht* de Wolfenbüttel (decisão de 12 de Abril de 1864)³²⁶⁴ reconheceu ao arrendatário o direito de instaurar contra o senhorio ou proprietário a acção de espoliação quando fosse violentamente privado da coisa: “*Würde dem Pächter auch gegen eine gewaltsame Besitzentsetzung durch den Verpächter oder Eigenthümer mit der Spolienklage sich schützen können*”, citando-se, designadamente, o direito canónico e LEYSER.

³²⁶¹ *Pandekten*, I, cit., § 189, pp. 446-447.

³²⁶² Acompanham-se WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 58-59, especialmente nota 185, e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 85.

³²⁶³ In “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 25, nº 7, pp. 7-8.

³²⁶⁴ In “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 24, nº 212, pp. 331-333.

Em 21 de Outubro de 1881, o *Reichsgericht*³²⁶⁵ negou frontalmente a teoria savigniana (“*Die Meinung, daß die Spolienklage nur dem juristischen Besitzer zustehe, kann nicht als richtig annerkant werden*”) e, alegando a *praxis*³²⁶⁶, concedeu tutela possessória ao detentor cuja detenção visasse um interesse próprio, nomeadamente ao arrendatário: “*Die Meinung, daß die Spolienklage nur dem juristischen Besitzer der Sache zustehe, kann nicht als richtig anerkannt werden. Nach der Ausbildung, welche die Spolienklage durch die Praxis erhalten hat, ist dieselbe bestimmt, in umfassendster Weise Schutz gegen Eigenmacht zu gewähren; sie kann daher angestellt werden von jedem, der aus einer in eigenem Interesse ausgeübten Detention eigenmächtig entsetzt worden ist, und daher namentlich auch von dem entsetzten Pächter*”.

Pressupondo esta jurisprudência superior, o *Oberappellationsgericht* de Celle (decisão de 5 de Abril de 1882) passou a admitir a legitimidade activa do detentor em sede de *actio spoli*, como informa o “*Seuffert’s Archiv*”³²⁶⁷: “*Das in vorstehender Entscheidung citirte Urtheil des Reichsgerichts (...) ist (...) gefällt...*”.

Com a decisão de 23 de Outubro de 1883, o *Oberappellationsgericht* de Darmstadt também inflectiu a sua orientação, por força do supramencionado juízo do *Reichsgerichts*. Era concedida a *actio spoli* ao arrendatário contra terceiros com o argumento de que, se assim não fosse, ele ficaria desprotegido – e, no seguimento de BRUNS, invocava-se o valor da “necessidade da vida jurídica” (“... *das frühere OAG zu Darmstadt (...) für die actio spoli juristischen Besitz erfordert und deshalb der Pächter diese Klage nicht einräumt. Das RG jedoch sich in seiner Entscheidung (...) jener andern Ansicht angeschlossen (...) nicht in Einklang mit der Praxis des OAG (...) Er wurde hierbei wesentlich von der Erwägung geleitet, das der Pächter jedem Dritten gegenüber ganz recht und schutzlos sein würde, wenn ihm nicht in der action spoli ein Besitzschutzmittel gegeben ware, daß also, wie Bruns (...) betont, das Bedürfnis des Rechtslebens zu jener Ansicht hindrängt*”)³²⁶⁸.

A verdade é que o espírito do tempo não era favorável à corrente subjectivista, apesar do inquestionável peso de SAVIGNY. A herança da *praxis* do *ius commune*, as novas orientações metodológicas e a influência das codificações já existentes (*maxime a*

³²⁶⁵ Decisão citada e parcialmente transcrita in “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 37, nº 290, II, p. 400.

³²⁶⁶ Alegação de uma abrangência, aliás, que um exame atento da jurisprudência germânica não confirma, como certamente observam WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., § 162a, nota 7b, p. 734, e WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 59. Veja-se o que resulta de vários dos arestos acima aludidos.

³²⁶⁷ Vol. 37, nº 290, II, p. 400.

³²⁶⁸ “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 40, nº 96, pp. 148-150.

prussiana) conduziam a uma tendência inexorável de protecção possessória do arrendatário, na sua qualidade de detentor com um interesse próprio na *res*^{3269 3270}. Até WINDSCHEID o reconheceu: “Für die Ausdehnung des Besitzeschützes auf den Inhaber (...) in der neuen Theorie und Praxis (...), zwischen den Inhabern zu unterscheiden, und den Inhaber in eigenem Interesse, namentlich den Miether und den Pächter, dem Besitzer gleichzustellen”³²⁷¹ (“Para a extensão da tutela possessória ao detentor (...) distingue-se, nas novas teoria e praxis, entre o detentor e o detentor que tem um interesse próprio, como o locatário, equiparado ao possuidor”). O BGB disto foi espelho³²⁷².

O chamado *Vorentwurf*, da responsabilidade de REINHOLD JOHOW³²⁷³, estabelecia no § 48 a distinção entre posse e detenção. Seria detentor aquele que tivesse a intenção de manter o controlo fáctico da coisa para outrem, que com isso concordaria; só o último seria possuidor (“*Hat der Inhaber den Willen, die thatsächliche Gewalt nur für einen Anderen zu üben, der Andere aber den hiermit übereinstimmenden Willen, so ist dieser Andere Besitzer*”³²⁷⁴).

Destarte, e apesar de reconhecer ao arrendatário o direito de resistir a expulsões violentas efectuadas pelo proprietário³²⁷⁵, o *Vorentwurf* concedia-lhe uma protecção

³²⁶⁹ Leiam-se as conclusões de WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 66.

³²⁷⁰ De referir, ainda, a corrente germanista, apoiada no conceito de *Gewere* – alegadamente transmitido pela sua influência na *actio spoli* do direito canónico – e na eficácia real do direito do arrendatário (WOLTER, *últ. ob. cit.*, pp. 62-66). Não foi ela, todavia, que mais marcou a disciplina do “romanista” BGB, sob cuja vigência se entende pacificamente que a locação tem natureza obrigacional.

Tal é confirmado pelos trabalhos preparatórios: como veremos adiante, a exposição de motivos do projecto elaborado pela primeira Comissão (onde, pela primeira vez, se contemplou um equiparação total dos meios de defesa do detentor e do possuidor), invocando as novas tendências jurídicas, apontava em apoio, sim, a herança do direito comum e o exemplo do ALR. Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. III, *Sachenrecht*, edição oficial, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlim/Leipzig, 1888, p. 118. A ter havido alguma influência da *Gewere*, ela foi meramente indirecta.

Acrescente-se, numa breve menção, a teoria de que a *Gewere* não era um instituto de raiz puramente germânica mas, pelo contrário, constituiu um fruto da influência do direito canónico e do seu combate às espoliações. Neste sentido, GERHARD KÖBLER, *Die Herkunft der Gewere*, in TR, 1975, pp. 195 e ss..

³²⁷¹ *Lehrbuch der Pandektenrechts*, I, cit., § 162a, p. 734.

³²⁷² Cf. GENIUS, *ob. cit.*, pp. 213-214, e, sobretudo, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 97-101, que seguiremos.

³²⁷³ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Vorlage des Redaktors R. Johow, Hierzu Begründung in drei Bänden*, Gedruckt in Reichsdruckerei, Berlim, 1880, in WERNER SCHUBERT, “Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht”, vol. 1, *Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum*, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1982.

³²⁷⁴ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Vorlage des Redaktors R. Johow*, cit., p. 9.

³²⁷⁵ Cf. os §§ 72 e 73, que JOHOW justificava com a eventual necessidade de uma defesa expedita face aos perigos do uso da força (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Vorlage des Redaktors R. Johow*, vol. I, Gedruckt in Reichsdruckerei,

limitada. Sendo certo que, ao abrigo do § 83,1, o detentor de imóveis podia lançar mão, em nome do possuidor, das acções possessórias contra terceiros (“*Der Inhaber eines Grundstücks kann die Besitzklagen in Namen des Besitzers gegen jeden Dritten anstellen*”), o § 83,2 excluía o *iudicium possessionis* quando estivessem presentes disputas entre o detentor e o possuidor (“*Die Stritigkeiten zwischen dem Inhaber in eigenem rechtlichen Interesse und dem Besitzer ist der Besitzprozeß ausgeschlossen*”)³²⁷⁶.

JOHOW oferecia à solução um enquadramento que nos parece marcadamente contratualista: o litígio entre detentor e possuidor teria de ser dirimido mediante uma análise dos direitos recíprocos em jogo, pelo que o *possessorium* mais não seria do que um meio para esse fim (“*Die Beweislage unter solchen Streitenden ist klar und braucht nicht erst in Possessorium geordnet zu werden, eine wirkliche Schlichtung ihrer Differenzen kann nur unter Zurückgehen auf ihre gegenseitige Rechte erzielt werden, und für dieses Ziel wäre ein Besitzprozeß lediglich ein Umweg*”)³²⁷⁷. É patente, pois, uma concepção do detentor como representante que pode usar os meios possessórios contra terceiros apenas porque o faz em nome do possuidor (a quem representa) e, conseqüentemente, não poderá exercê-los contra o próprio representado (ante o qual tem direitos de índole exclusivamente obrigacional)³²⁷⁸.

O projecto da primeira Comissão³²⁷⁹ não seguiu a orientação do *Vorentwurf*. Apesar de o respectivo § 797 pressupor um *animus domini* para a qualificação como possuidor (“*Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)*”)³²⁸⁰, o § 814 determinava que, salvos disposição em contrário ou a vontade do *Inhaber*, ninguém podia perturbar ou impedir a detenção (“*Niemand darf, soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle eine*

Berlin, 1880, pp. 361-362, in WERNER SCHUBERT, “Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht”, vol. 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Walter de Gruyter, Berlin/Nova Iorque, 1982).

³²⁷⁶ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Vorlage des Redaktors R. Johow, cit., p. 13.

³²⁷⁷ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Vorlage des Redaktors R. Johow, I, cit., p. 472.

³²⁷⁸ A solução correspondeu à interpretação prevalecente do § 208 do Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, de 1865 (“*Die Besitzklage steht auch Dem zu, welcher eine Sache zu Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat*”). Cf. WOLTER, Mietrechtlicher Bestandsschutz, cit., pp. 98-99 (e pp. 67-68 para uma análise do direito da Saxónia).

³²⁷⁹ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, edição oficial, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin/Leipzig, 1888.

³²⁸⁰ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, cit., p. 181.

Anderes bestimmt, ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Inhabung entziehen oder ihn darin stören (verbotene Eigenmacht))³²⁸¹, sendo permitido ao detentor resistir a essas interferências ilícitas (§ 815 – *“Der Inhaber einer Sache ist berechtigt, verbotene Eigenmacht sich mit Gewalt zu erwehren...”*)³²⁸².

Mas, indo mais além, o § 821 do projecto atribuía expressamente a tutela possessória ao mero detentor, estendendo-lhe os meios de defesa dos §§ 819 e 820: *“Ist der Inhaber nicht zugleich der Besitzer, so stehen die nach den §§ 819, 820 für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zu ...”*³²⁸³. O locatário ficava, deste modo, munido de uma acção para recuperar a detenção de que foi privado (§ 819 – *“Derjenige, welchen die Inhabung durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, hat gegen den Inhaber, welcher ihm gegenüber fehlerhaft innehat, den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung (...)*”) ou para conseguir a cessação de turbações (§ 820 – *“Ist den Inhaber durch verbotene Eigenmacht in der Inhabung gestört, so hat er gegen den Störer den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung (...)*”)³²⁸⁴.

A primeira Comissão explicou a disciplina proposta com a necessidade de manutenção ou restauração do domínio que as pessoas exercem sobre as coisas quando prejudicado por comportamentos ilícitos, afastando-se qualquer objectivo de concretização de direitos subjectivos: *“Der possessorische Schutz in dem allgemein üblichen Sinne dieses Ausdruckes bezweckt nicht die Realisierung eines subjektiven Rechtes, sondern die Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung der bestehenden räumlich Herrschaft der Person über die Sache gegenüber der Beeinträchtigung dieser Herrschaft durch das rechtswidrige Verhalten anderer Personen”*³²⁸⁵. Era o repúdio prático (embora não terminológico ou conceitual) dos resultados da teoria da “posse jurídica”, exposta por SAVIGNY e transmitida por larga fatia da Pandectística³²⁸⁶.

³²⁸¹ Esta proibição abrangia os actos do possuidor contra o detentor: *“... das in § 814 enthaltene Verbot auch für den Besitzer gegenüber dem Inhaber Geltung hat”* (Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III, cit. p. 110).

³²⁸² Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, cit., p. 183. A resistência podia ser dirigida contra o possuidor em nome de quem se detinha, como clarificavam os Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III, cit. p. 114 (*“... das Vertheidigungs und Selbsthülferrecht des Inhabers auch gegenüber dem von ihm vertretenen Besitzer Geltung hat...”*).

³²⁸³ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, cit., p. 185.

³²⁸⁴ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, cit., p. 184.

³²⁸⁵ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III, cit. p. 109.

³²⁸⁶ OTTE, *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, cit., p. 463, nota o afastamento em relação ao direito romano.

O fundamento apresentado residia nas mais recentes tendências de atribuição das acções possessórias ao detentor, no seguimento do que já se defendia no direito comum e fora consagrado no ALR: “*Das neuere Recht ist geneigt, dem Inhaber die Besitzklagen neben dem Besitzer zu geben. In der gemeinrechtlichen Doktrin wird eine solche Erstreckung vertheidigt. Nach preuß. Rechte ist dem Inhaber der Besitzschutz nur demjenigen gegenüber versagt, in dessen Namen er inne hat; dann kann auch der Inhaber als Rechtsbesitzer dem Sachbesitzer gegenüber sich behaupten*”³²⁸⁷.

Nenhuma das censuras sofridas pelo projecto se dirigiu à atribuição da protecção possessória ao locatário e, pelo contrário, foi a conservação da distinção conceitual entre quem tinha *Besitzwille* e o mero detentor que mereceu críticas³²⁸⁸. Vejamos algumas.

LEONARD JACOBI afirmou que os redactores tinham laborado num preconceito contra a concessão de uma plena *Rechtsbesitz* a quem não exercesse a posse nos termos do direito de propriedade, o que de antemão vedou a possibilidade de consolidação da posição jurídica do arrendatário por essa via: “... *sie ist vielmehr für die für die Redaktoren des Entwurfs künstlich herbeigeführt worden durch den präjudiziellen, aber nicht aufrecht zu erhalten Beschluß, den ganzen Rechtsbesitz zu streichen und außer dem Eigenthumsbesitz überhaupt keinen Besitz anzuerkennen. Dadurch hatte man sich die Möglichkeit der Konsolidirung der Miethers- und Pachtrechte durch Besitz von vornherein abgeschnitten*”³²⁸⁹.

Já OTTO VON GIERKE apontou a dicotomia *Besitz/Inhabung* como um caso de corrupção terminológica, lançando o remoque de que a dependência servil do projecto punha em causa a sua própria erudição linguística – o que seria a consequência de quase ser mais romanista do que o direito romano (“*Ein noch schlimmeres Beispiel der Sprachverderbnis, mit welcher uns die sklavische Anhängigkeit des Entwurfes von seinem eigenem Kunstausdrücken bedroht, bietet die Lehre von “Besitz” un “Inhabung” (...) die romanisierend Tendenz des Entwurfes gewissermaßen das römische Recht selbts übertrumpft*”)³²⁹⁰. Enfatizava, nesse sentido, que apesar de ter um

³²⁸⁷ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, III, cit., p. 118.

³²⁸⁸ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 100.

³²⁸⁹ *Immobilien-Miethen und -Pachten: im System des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, in “*Archiv für bürgerliches Recht*”, 1889, pp. 50-51.

³²⁹⁰ *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1889, p. 30. A crítica é extensa e desenvolve-se no mesmo tom mordaz pelas páginas seguintes, indicando as contradições do texto advenientes de não se qualificar como possuidor quem tinha o controlo da *res* sem *animus domini*. Está patente o pendor germanista do Autor, que acusa o projecto de contrariar severamente a história do direito e o modo de vida dos alemães: “... *schroffem Widerspruch mit unserer deutschen Rechtsgeschichte und Lebensgestaltung*” (p. 31).

direito duradouro ao uso da coisa o arrendatário continuava a ser visto com alguém que somente detinha a *res* no interesse do proprietário: “*Wer immer kraft eines noch so umfassenden und dauernden Rechtes ein Gut in “Nutz und Gewere” hat, darf der Namen des “Besitzers” sich nicht mehr anmaßen (...) Als wenn (...) ein Pächter oder Mieter die thatsächliche Gewalt über sie Sache bloß dem Eigentümer zuliebe in nicht in erster Linie behufs Ausübung seines Rechts und also “für sich” handhabte!*”³²⁹¹. Observe-se que assoma o germanismo, com a invocação da *Gewere*.

Também KONRAD COSSACK considerou que não designar o usufrutuário ou o arrendatário como possuidores constituía uma pura e deliberada adulteração do discurso jurídico (“*Est ist eine Vergewaltigung der Rechtssprache, wenn der Nießbraucher und Pächter nicht mehr als Besitzer bezeichnet werden darf. Und dafür, daß der Entwurf die Vergewaltigung versucht...*”)³²⁹².

Não passou incólume, portanto, a “*provocante atitude historicista*” da primeira Comissão³²⁹³. Na raiz dos ataques estava mais ou menos explícita a opinião de que se tratava de uma conceptualização socialmente rebaixante para quem era designado detentor³²⁹⁴. Mas já estava lançada a plena protecção do arrendatário como possuidor.

As propostas feitas a propósito do projecto tiveram um ponto em comum: recomendaram um afastamento da terminologia ali usada, para que todas as relações possessoriamente protegidas entre uma pessoa e uma coisa fossem consideradas posse (“*Die Anträge wichen ferner terminologisch von Entw. darin ab, daß die jedes possessorisches geschützte Verhältniß der Person zur Sache als “Besitz” zu bezeichnen vorchlungen*”)³²⁹⁵.

Deste modo, no âmbito dos trabalhos da segunda Comissão, aceitou-se o pressuposto, já presente no anterior projecto, de que as relações de domínio de uma pessoa sobre uma coisa deviam ser tuteladas possessoriamente (“*Man ging in grundsätzlicher Uebereinstimmung mit dem Entw. davon aus, daß der Besitzschutz an*

³²⁹¹ GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, cit., p. 31.

³²⁹² *Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, in “Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich”, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlim, 1889, p. 8.

³²⁹³ Citamos a expressão que, a este propósito, é usada por WIEACKER, *História*, cit., p. 539.

³²⁹⁴ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 100.

³²⁹⁵ Cf. BENNO MUGDAN (org.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Vol. III, *Sachenrecht*, R. v. Decker’s Verlag, Berlim, 1899, p. 502.

das äußeren Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache zu knüpfen sei ...”³²⁹⁶. Mas, agora, o único requisito de aquisição da posse era uma relação exteriorizada e consciente sobre uma coisa: “Zum Erwerbe des Besitzes (...) verlangten alle Anträge die Herstellung eine gewissen äußeren Verhältnisses der Person zur Sache”³²⁹⁷. O § 777,1 do segundo projecto determinaria: “Der Besitz einer Sache wird dadurch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben” (a posse de uma coisa adquire-se pela obtenção do seu controlo fáctico)³²⁹⁸.

No lugar da distinção entre posse e detenção surgia, no § 790,1 do projecto da segunda Comissão, a dicotomia posse imediata/posse mediata. Aquele que mantinha uma relação jurídica com o possuidor da coisa (isto é, com quem controla facticamente a coisa) era possuidor mediato, como, por exemplo, o locador: “Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)” (“[s]e alguém possui uma coisa como usufrutuário, credor pignoratício, locatário, depositário ou ao abrigo de uma relação análoga, em virtude da qual esteja legitimado ou obrigado perante outrem a possuir temporariamente, o outro também é possuidor (posse mediata)”)³²⁹⁹. A posse mediata tinha, em regra, todos os efeitos jurídicos da posse e eram-lhe aplicáveis as disposições relativas à tutela possessória, como resultava do § 790,2³³⁰⁰. Respiga-se, a propósito, a súmula dos trabalhos preparatórios levada a cabo por MUGDAN, que realçava a similitude de efeitos das duas espécies de posse: “Die Kom. habe die Unterscheidung zwischen Inhabung und Besitz aufgegeben, zum Ersatze hierfür jedoch eine Andere terminologische Bezeichnung eingeführt, die im Wesentlich auf dem gleichen Gedanken beruhe als die vom Entw. gewählte Unterscheidung. Es sei das die terminologische Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Besitz (...) alle Bestimmungen, welche

³²⁹⁶ ALEXANDER ACHILLES/PETER SPAHN/ALBERT GEBHARD (org.), *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. III, *Sachenrecht*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1899, Prot. 179, p. 28.

³²⁹⁷ *Protokolle*, cit., III, Prot. 179, p. 28.

³²⁹⁸ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung, Nach dem Beschlüssen der Redaktionskommission*, Livros I-III, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1894, p. 247.

³²⁹⁹ Vd. *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung, Nach dem Beschlüssen der Redaktionskommission*, cit., p. 250. A solução foi inteiramente mantida pelo § 868 BGB.

³³⁰⁰ Que foi seguido pelo § 869 BGB: “Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu”.

*rechtliche Folgen an den Besitz knüpfen, auch anwendbar seien auf das Verhältniß des mittelbaren Besitzes*³³⁰¹ (“[a] Comissão abandonou a distinção entre detenção e posse, substituindo-a, todavia, por outra terminologia que se baseia, no essencial, nas mesmas ideias da distinção adoptada pelo projecto. Ou seja, a distinção terminológica entre posse imediata e mediata (...) todas as disposições que prevêm efeitos jurídicos da posse são também aplicáveis à relação de posse mediata”).

O § 854,1 BGB³³⁰² seguiu o § 777,1 do segundo projecto. À sua luz, não restam quaisquer dúvidas: o locatário é possuidor (imediato) e pode exercer, ante terceiros ou em face do locador, os meios de defesa da posse, *maxime* os previstos nos §§ 861 (contra esbulhos) e 862 (contra turbações)³³⁰³.

3.6.3 – A extinção do contrato pelo locador

Ao estudar a cessação do contrato de locação, a Pandectística seguiu a tradição do direito comum³³⁰⁴.

Distinguiu-se entre os contratos celebrados por tempo determinado, que cessavam *ipso iure* pelo decurso do prazo, e aqueles que não tinham prazo determinado, cuja extinção ocorria por força de um acto de denúncia praticado por qualquer das partes³³⁰⁵. Sobre essa distinção, apontam-se, ilustrativamente, o que expunham PUCHTA (“*Die locatio conductio endigt sich (...) durch Ablauf der Zeit, die entweder bestimmt festgesetzt, oder von einseitiger Aufkündigung...*”)³³⁰⁶, SINTENIS (“... in dem Fällen der ersteren Art der Pacht mit Ablauf der für seine Dauer bestimmten Zeit endet, und in Fällen der Zweiten Art mit der Kündigung...”)³³⁰⁷ e VANGEROW (notando também que, em regra, a figura da denúncia era desnecessária para os contratos com

³³⁰¹ MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III, cit., p. 516.

³³⁰² “*Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben*”.

³³⁰³ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 101; GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 16. Sobre o locatário como possuidor cf., ainda, na dogmática germânica contemporânea e a título meramente ilustrativo: EISENSCHMID, § 535 BGB, cit., p. 83; VOLKER EMMERICH, *Vor § 535 BGB*, in EMMERICH/SONNENSCHNEIN, *Miete. Handkommentar*, 8ª edição, De Gruyter, Berlim, 2003, p. 5; ECKHARD WOLF / HANS-GEORG ECKERT / WOLFGANG BALL, *Handbuch des Gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts*, 9ª edição, RWS Verlag, Colónia, 2004, p. 68; JÜRGEN HÜBNER/ ANNETTE GRIESBACH/ STEPHANIE SCHREIBER, in LINDNER-FIGURA/OPRÉE/STELLMAN, *Geschäftsraummiere*, Cap. 14, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006, pp. 507-508.

³³⁰⁴ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 38-41; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 69 e ss..

³³⁰⁵ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 38; QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 69.

³³⁰⁶ PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 369, p. 559.

³³⁰⁷ SINTENIS, *Das Practische gemeine Civilrecht*, II, cit., § 118, n° 3, p. 672.

tempo determinado: “*Daß dann, wenn der Miethvertrag auf keine bestimmte Zeit abgeschlossen ist, der Vermiether sowohl, wie der Miether beliebig kündigen können, versteht sich eben so sehr von selbst, als daß der Regel nach dieses Kündigungs-Recht dann wegfällt, wenn eine bestimmte Zeit vertragsmäßig festgesetzt wurde*”³³⁰⁸.

A extinção antecipada do contrato era, contudo, excepcionalmente admitida³³⁰⁹. Os respectivos fundamentos seguiam de muito perto as soluções presentes no *Corpus Iuris Civilis* (C.4,65,3; D.19,2,54,1) e nas Decretais de Gregório IX (X.3,18,3): a falta de pagamento da renda durante dois anos, o uso reprovável da coisa, a necessidade de execução de reparações que não fossem compatíveis com a continuação do gozo pelo arrendatário e a necessidade do prédio para uso próprio do senhorio. Transcrevem-se as pertinentes passagens de DERNBURG (“*Miethen unter Zeitbestimmungen endigen mit deren Ablauf und außerdem vorzeitig: (...) durch Entsetzung des Miethers seitens des Vermiethers wegen zweijährigen Rückstandes des Miethzinsen, erheblich Verschlechterung der Miethsache, nothwendiger Reparaturen und unvorhersehenen eigenen Bedürfniss der Sache*”): “*As locações celebradas com prazo determinado cessam com o decurso deste e, além disso, antecipadamente: (...) através da expulsão do locatário pelo locador devido ao atraso de dois anos no pagamento da renda, à deterioração considerável da coisa locada, a reparações necessárias e à necessidade imprevista da coisa*”³³¹⁰ e de WINDSCHEID (“*Unter Umständen ist eine einseitiger Rücktritt auch vor Ablauf der Vereinbarten Miethzeit gestattet. Dieses Recht steht zu: (...) dem Vermiether, wenn der Miether die gemiethete Sache mißbraucht, oder mit dem Miethzins zwei Jahre in Rückstand bleibt, ferner wegen Nothwendigkeit einer der Gebrauch ausschließenden Reparatur, und wegen unvorhergesehenen eigenen Bedürfnisses*”): “*Também é permitida, em determinadas circunstâncias, a resolução unilateral antes do decurso do prazo de duração acordado. É titular deste direito: (...) o locador, quando o locatário use reprovavelmente a coisa, ou quando o pagamento da renda esteja em mora dois anos, bem como se forem necessárias reparações que excluam o gozo ou se ocorrer uma necessidade própria imprevista*”^{3311 3312}.

³³⁰⁸ VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., § 643, p. 452.

³³⁰⁹ Vide, v.g., VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., § 643, p. 452, que, tendo exposto a regra da desnecessidade da denúncia para os contratos sem prazo determinado, indica de seguida as suas exceções (“*einige Ausnahmen*”).

³³¹⁰ DERNBURG, *Pandekten*, vol. II, 6ª edição, com a colaboração de JOHANNES BIERMANN, Verlag von H. W. Müller, Berlim, 1900, § 111, a), p. 309.

³³¹¹ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 402, p. 709. Assinala-se – com WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 39 – a diversidade terminológica. Se WINDSCHEID empregava a expressão “*resolução unilateral*” (“*einseitiger Rücktritt*”), DERNBURG referia-se à

A jurisprudência dos territórios germânicos onde se aplicava o *ius commune* confirmou, nos seus traços essenciais, este pendor romanista³³¹³.

No que dizia respeito à extinção do contrato por mora no pagamento da *merces*, o *Oberappellationsgericht* de Lübeck, em decisão de 21 de Julho de 1832, reafirmou a solução romana, aceite desde os Glosadores (Escola cuja orientação era expressamente referida): na falta de disposição contrária, o despejo devia fundamentar-se no atraso do pagamento da renda durante dois anos e não após dois períodos contratuais: “*Was die Frage von der Befugniß des Vermiethers betrifft, den Miether wegen Nichtbezahlung der Miethе auszutreiben, so verdient wohl die Meinung derjenigen Rehtslehrer den Vorzug, welche zur Geltendmachung jener Befugniß einen Rückstand von zwei Jahren nicht bloß von zwei Terminen erfordern. Die schon von den Zeiten der Glossatoren her aus Anlaß der [C.4,65,3] bestandene Meinung, daß es nach Römischem Recht lediglich auf die mora des Miethers ankomme, ohne darauf zu sehen, ob der Rückstand gerade ein zweijähriger gewesen, ist für unbegründet zu achten...*”³³¹⁴. Indicam-se, ainda, as decisões do *Oberappellationsgericht* de Darmstadt de 30 de Abril e 1 de Maio de 1852 (direito de o senhorio extinguir antecipadamente o contrato se a renda não for paga durante dois anos: “... *dem Verpachter für den Fall der von Seiten des Pächters zwei Jahre lang unterbliebenen Zahlung des Pachtgeldes (...) verliehene Recht, das Pachtverhältniß vor Ablauf der bedungenen Pachtzeit zu kündigen*”)³³¹⁵, do *Oberappellationsgericht* de Kassel, de 24 de Janeiro de 1857 (direito de extinção do arrendamento devido a um retardamento de dois anos no pagamento da renda: “*Recht des Verpächters auf Äuflösung des Pachtverhältnisses wegen zweijährigen Pachtgeldrückstandes*”)³³¹⁶ e do *Oberappellationsgericht* de Kiel, de 17 de Junho do mesmo ano (direito legal de despejo devido a mora de dois anos: “*Gesetzliches*

“expulsão” (“*Entsetzung*”), enquanto outros Autores (como VANGEROW) utilizavam o termo “denúncia” (“*Kündigung*”).

³³¹² Cf., ainda, *exempli gratia*, MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, cit., § 413, pp. 414-415, PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 369, p. 560, HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, vol. III, 3ª edição por JOHANNES EMIL KUNTZE, Baumgärtner Buchhandlung, Leipzig, 1864, § 299, pp. 883-886, JOHANN ADAM SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, vol. II, 3ª edição, Verlag des Stahel’schen Buchhandlung, Würzburg, 1852, § 331, pp. 208-210, VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., § 643, pp. 452-453, ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 313, nota 2, p. 535, BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II-2, 2ª edição, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1882, § 331, p. 759, nota 36, ou BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethе nach gemeinem Recht*, cit., pp. 62-64.

³³¹³ Cf. as indicações oferecidas por WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 402, p. 709, notas 5, 6 e 8.

³³¹⁴ In “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 2 (contido no vol. 1 da reimpressão de 1866), nº 172, p. 252.

³³¹⁵ In “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 22, nº 38, p. 58.

³³¹⁶ In “*Seuffert’s Archiv*”, vol. 12, nº 152, pp. 196-197.

Abtreibungsrecht des Verpächters wegen continuirlichen zweijährigen Pachtrückstandes”)³³¹⁷.

As alterações feitas ao imóvel foram consideradas como mau uso pelo *Oberappellationsgericht* de Wiesbaden (com expressa invocação de C.4,65,3: “*Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung ent heben wir folgende Sätze: In der [C.4,65,3] heißt es im Allgemeinen, daß der Vermiether eines Hauses zur einseitigen Aufhebung des Miethcontractes berechtigt sey, wenn der Miether mit dem Miethobjecte schlecht umgehe, es mißbrauche (...) welche Veränderungen und ungewöhnliche Behandlung eines Hauses von Seiten des Nutzungsberechtigten als wesentlich nachtheilige und mißbräuchliche in Betracht kommen sollen*”)³³¹⁸. Em 9 de Setembro de 1864, o *Obergericht* de Wolfenbüttel decidiu que a má gestão económica do prédio rústico arrendado legitimava a cessação antecipada do contrato (“*daß der Verpächter vor Ablauf der bedungenen Pachtzeit wegen schlechter Wirthschaftsführung des Pächters zur Aufhebung des Pachtcontractes berechtigt sei*”)³³¹⁹.

Até a resolução por necessidade imprevista do prédio para uso do senhorio continuou a ser admitida, apesar de condenada por boa parte do jusnaturalismo racionalista e proscrita pelas principais codificações individualistas³³²⁰. Em 1869, o *Oberappellationsgericht* de Berlim determinou que este fundamento se verificava perante situações desproporcionadamente desvantajosas, que deixassem o senhorio num estado de necessidade (“... *unverhältnißmäßigen Nachtheilen für den Vermiether verknüpft (...) so ist doch ein Nothstand, wie ihn jene außerordentliche Befugniß des Vermiethers zur vorzeitigen Auflösung eines einmal eingegangenen Miethvertrages erfordert...*”)³³²¹.

A obrigação de proceder a um pré-aviso de denúncia, de acordo com os direitos locais, era salientada por SINTENIS (“... *Kündigung, für welche häufig eine Frist bestimmt ist, nach deren Ablauf sie erst wirksam wird*”)³³²², BRINZ (que notava a inexistência de tal requisito no direito romano: “*f.g. “ordentliches Kündigungsrecht”, welches aber namentlich in der Fällen den Hausmieth bald vertragsmäßig, bald gesetzlich oder ortsüblich auf Termine und Fristen eingeschränkt ist (...)* In unseren

³³¹⁷ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 12, nº 23, pp. 28-29.

³³¹⁸ Decisão de 8 de Dezembro de 1847, in “Seuffert’s Archiv”, vol. 12, nº 265, pp. 347-348.

³³¹⁹ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 19, nº 38, pp. 61-62.

³³²⁰ Veja-se WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 40.

³³²¹ “Seuffert’s Archiv”, vol. 24, nº 203, p. 318.

³³²² SINTENIS, *Das Practische gemeine Civilrecht*, II, cit., § 118, nº 3, pp. 672-673.

Quellen kommt von diesen Kündigungsterminen und Fristen nichts vor...)³³²³, WINDSCHEID (*... muß jedoch die ortsübliche Kündigungsfrist, wenn eine solche besteht, beobachten...*)³³²⁴ ou DERNBURG (*Doch bestehen in Deutschland für Wohnungsmiethen fast überall lokale Kündigungsfristen, welche einzuhalten sind*)³³²⁵.

Os trabalhos preparatórios do BGB mostram que a matéria não suscitou dificuldades relevantes³³²⁶.

O chamado Projecto de Dresden (*Dresdner Entwurf*), de 1865³³²⁷, que constituiu a base do trabalho da primeira Comissão no âmbito do direito das obrigações³³²⁸, distinguia entre os contratos com prazo convencionado, que cessavam pelo decurso deste (*Das Miethverhältniß endigt mit dem Ablaufe der vereinbarten Miethzeit* – art. 568,1) e os que tivessem duração indeterminada, que podiam ser denunciados por qualquer das partes (*... die Mieth aus unbestimmte Zeit geschlossen und jeder Theil kann, nach vorheriger Kündigung, das Miethverhältniß einseitig auflösen* – art. 568,2 *in fine*)³³²⁹.

Na falta de estipulação contratual ou de regras pertinentes de direito local, o direito de denúncia deveria ser exercido respeitando um prazo de pré-aviso de três dias na locação de coisas móveis e de quarenta dias na locação de imóveis (*In Ermangelung einer vertragsmäßigen, ortsgebräuchlichen oder landesgesetzlichen Kündigungsfrist muß die Kündigung bei vermieteten beweglichen Sachen drei Tage, bei unbeweglichen Sachen vierzehn Tage der Auflösung des Mißverhältnisses vor ausgehen* – art. 568,3)³³³⁰.

Não obstante, o § 572 previa expressamente quatro casos de cessação unilateral pelo locador: se durante o decurso do prazo contratual a *res* necessitasse de reparações urgentes que excluíssem o gozo pelo locatário; se o locatário ou o sublocatário, apesar de terem recebido uma advertência dissuasora (*Abmahnung*)³³³¹, gozassem a coisa de

³³²³ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II-2, cit., § 331, p. 758, nota 35.

³³²⁴ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 402, p. 708.

³³²⁵ DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., § 111, a), p. 308.

³³²⁶ Neste sentido, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 81.

³³²⁷ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, und im Auftrage der Commission herausgegeben von B. FRANCKE, Carl Höckner, Dresden, 1866.

³³²⁸ WIEACKER, *História*, cit., p. 537. Sobre a disciplina locatícia do Projecto de Dresden, cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 82.

³³²⁹ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, cit., p. 113.

³³³⁰ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, cit., p. 113.

³³³¹ A figura geral da *Abmahnung* prévia à resolução por justa causa baseada na violação de deveres de abstenção foi expressamente consagrada pelo § 314,2 BGB, fruto da Modernização do Direito

modo contrário ao contrato ou provocando-lhe danos consideráveis; se, apesar de interpelação admonitória, o arrendatário estivesse em mora no pagamento das rendas correspondentes a dois períodos contratuais consecutivos e o montante em dívida não fosse satisfeito antes da declaração de extinção do contrato; se o locatário se encontrasse numa situação de insolvência e não houvesse constituição de garantia do pagamento das rendas vincendas³³³².

E, como sinal dos tempos, a extinção por necessidade do locador não era consagrada³³³³.

O projecto da primeira Comissão (§ 522,1 e 2) prosseguiu a dicotomia entre contratos com ou sem prazo determinado, nos moldes do Projecto de Dresden³³³⁴. Todavia, ao contrário da solução deste, a disciplina do pré-aviso de denúncia já não se revestia de carácter supletivo ante a vontade das partes ou subsidiário em relação aos direitos locais³³³⁵.

Assim, a denúncia da locação de imóveis devia ser efectuada antes do início de cada trimestre do ano, terminando o contrato com o decurso de tal trimestre (§ 522,3); se a renda fosse mensal, o acto denunciativo teria de ser praticado até ao dia 15 do mês do calendário, mas apenas produziria efeitos decorrido esse mês (§ 522,4); se a renda fosse semanal, a denúncia deveria ser efectuada até à Segunda-Feira da semana do calendário, produzindo efeitos após o decurso dessa semana (§ 522,5). Para a locação de *res* móveis, a denúncia teria de ser realizada com um pré-aviso de três dias (§ 522,6). Se a retribuição convencional fosse diária, a locação de coisas móveis ou imóveis poderia ser denunciada de véspera (§ 522,7)³³³⁶.

das Obrigações de 2001/2002. O fundamento que já antes da *Modernisierung* se apontava para a fixação de uma advertência dissuasora residia no princípio da boa fé: cf. WOLFGANG GRUNSKY, *Abmahnung (Allgemeines Schuldrecht)*, in “Deutsches Rechts-Lexikon”, vol. I, 3ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2001, p. 35. Remetemos para o que escrevemos com mais desenvolvimento em *A Resolução*, cit., p. 69, especialmente a nota 209.

³³³² “*Der Vermieter kann das Miethverhältniß einseitig auflösen: 1) wenn während der Miethzeit die vermietete Sache einer unaufschieblichen Ausbesserung bedarf, deren Vornahme die vertragsmäßige Fortsetzung des Miethverhältnisses ausschließt; 2) wenn der Miether oder der Aftermiether, ohngeachtet erfolgter Abmahnung durch den Vermieter, von der vermieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, oder derselben durch Mißbrauch erheblichen Schaden zusüßt; 3) wenn der Miether mit der Zahlung des Miethzinses für zwei aufeinander folgende Ziele ohngeachtet jedesmaliger Mahnung, im Rückstande geblieben ist und den Vermieter, bevor dieser das Miethverhältniß auslösen zu wollen erklärt hat, nicht befriedigt; 4) wenn der Miether in Concurs verfällt und dem Vermieter wegen der aus der Fortsetzung der Mieth entspringenden Forderungen nicht Sicherheit geleistet wird*” (*Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, cit., p. 114).

³³³³ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 82.

³³³⁴ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung*, cit., p. 114.

³³³⁵ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 83.

³³³⁶ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung*, cit., p. 114.

Nos contratos de *Pacht* de prédios rústicos ou de direitos, celebrados sem prazo determinado, aplicava-se o § 537: a denúncia só era admissível para o final do ano locativo (que tinha início com o contrato), a efectuar com uma antecedência mínima de seis meses³³³⁷. A diferença de regime era justificada pela especificidades inerentes ao *Pacht*: o “*Mieter*” gozaria a coisa durante todo o período de duração do contrato mas, como explicavam os *Motive*, o “*Pächter*” apenas alcançava a efectiva percepção dos frutos durante uma parte do ano (“*Das Gebrauchrechts des Miethers bleibt sich (...) während der Ganzen Dauer des Miethverhältnisses (...) Anders verhält es sich bei der Pacht. Der Pächter eines Grundstückes (...) gelangt zum thatsächlichen Fruchtgenusse meist nur während eine kürzeren oder längeren Zeit des Jahres*”)³³³⁸. Impunha-se, portanto, que lhe fosse garantido um ano completo de execução contratual, para que não corresse o risco de não perceber os frutos.

O § 528³³³⁹, cujo corpo tinha uma formulação notoriamente mais perfeita do que a do seu homólogo de Dresden, estabelecia os fundamentos de extinção do contrato pelo senhorio, sem dependência de pré-aviso de denúncia e com eficácia *ex nunc* (“*Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von dem Vertrage für die Zukunft zurücktreten*”): se, apesar de uma prévia advertência dissuasora, o arrendatário ou a pessoa a quem ele tivesse cedido o gozo usassem a coisa em violação do contrato (especialmente cedendo-a a terceiros sem autorização) ou a pusesse em risco de modo apreciável por violação negligente do dever de cuidado a que o locatário estava obrigado (“*wenn der Miether oder derjenige, welchem dieser de Gebrauch überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung der Vermiethers entweder von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, insbesondere durch unbefugte Ueberlassung des Gebrauches an einen Dritten, oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Miether obliegenden Sorgfalt gefährdet*” – § 528,1); se o locatário estivesse em mora no pagamento da renda correspondente a dois períodos contratuais consecutivos e não satisfizesse tal crédito antes de o locador declarar a resolução (“*wenn den Miether mit der Entrichtung des Miethzinses oder eines Theiles deselben für zwei auf einander folgende Termine sich im Verzuge befindet und den Vermiether wegen des Rückstandes nicht vollständig befriedigt, bevor dieser den Rücktritt erklärt hat*” – § 528,2).

³³³⁷ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung*, cit., p. 117.

³³³⁸ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, edição oficial, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin/Leipzig, 1888, p. 427.

³³³⁹ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung*, cit., p. 115.

A necessidade do senhorio não era causa prevista de cessação, tal como – numa inovação face ao *ius commune* e ao Projecto de Dresden – a realização de reparações de que a *res* carecesse. Considerava-se, a este propósito, que o facto de o arrendatário ficar privado do prédio no remanescente período contratual posterior à realização das intervenções constituía um prejuízo não justificado dos seus direitos (“*Der Schwerpunkt einer solchen Vorschrift liegt darin, daß dem Miether bei Befugniß entzogen wird, nach Vollendung der Ausbesserung die Wiedereinräumung des Gebrauches für die noch übrige Miethzeit zu fordern. Allein gerade hierin ist eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Kontraktlichen Rechte des Miethers zu finden*”)³³⁴⁰. Era o império oitocentista da autonomia privada, embora a solução não fosse desconhecida: recordem-se os direitos de Antuérpia e de Amesterdão, que apontámos aquando do estudo da Jurisprudência Elegante³³⁴¹.

O projecto da segunda Comissão acolheu no seu articulado o essencial destas soluções, embora aí tivesse começado a dispersão dos correspondentes preceitos pela disciplina locatícia, deixando de constituir um “bloco”³³⁴².

O BGB conservou a já vista diferença entre a extinção dos contratos com ou sem prazo determinado (§ 564: “*Das Miethverhältniß endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist. Ist die Miethzeit nicht bestimmt, so kann jeder Theil das Miethverhältniß nach den Vorschriften des §. 565 kündigen*”).

O exercício do direito de denúncia estava sujeito a um pré-aviso, regulado nos §§ 565, 566 e 595 BGB³³⁴³.

Segundo o § 565³³⁴⁴, na locação de prédios rústicos apenas era admissível a denúncia para o final de um trimestre do calendário, devendo ser efectuada até ao terceiro dia útil desse trimestre (“*Bei Grundstücken ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig; sie hat spätestens am dritten Werktage des Vierteljahrs zu erfolgen*”); se a renda fosse mensal, deveria ser efectuada até ao dia 15 do mês do calendário, produzindo efeitos decorrido tal mês (“*Ist der Miethzins nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats*”).

³³⁴⁰ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, cit., p. 418.

³³⁴¹ Cf., *supra*, II.1.2.4.3.

³³⁴² Neste sentido, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 85.

³³⁴³ Sobre estes prazos de denúncia, WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 402, p. 710.

³³⁴⁴ Que correspondia, com pequenas variantes, ao § 506 do projecto da segunda Comissão (cf. *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung, Nach dem Beschlüssen der Redaktionskommission*, cit., pp. 156-157).

zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen”); se a renda fosse semanal, o contrato devia ser denunciado até no primeiro dia útil da semana do calendário, cessando no final dessa semana (“*Ist der Miethzins nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktag der Woche zu erfolgen*”).

Na locação de coisas móveis, o pré-aviso era de três dias (“*Bei beweglichen Sachen hat die Kündigung spätestens am dritten Tage vor dem Tage zu erfolgen, an welchem das Miethverhältniß endigen soll*”).

Quer na locação de prédios rústicos, quer na de coisas móveis, se a renda fosse diária bastava um pré-aviso efectuado na véspera (“*Ist der Miethzins für ein Grundstück oder für eine bewegliche Sache nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig*”).

Quando lhes fosse aposto um prazo de duração superior a um ano, os contratos de locação de prédios rústicos deveriam ser reduzidos a escrito e, se não o fossem, consideravam-se celebrados por tempo indeterminado. Neste caso, todavia, a denúncia nunca poderia produzir efeitos antes do final do primeiro ano – § 566³³⁴⁵, aplicável ao arrendamento de outros espaços, *ex vi* § 580. De acordo com os *Protokolle* do projecto da segunda Comissão, a solução (que no projecto da primeira Comissão, como vimos, era exclusiva do “*Pacht*” de prédios rústicos e de direitos) ancorava-se na tutela dos interesses do locatário presentes na relação contratual, devendo ser-lhe garantido pelo menos um ano de gozo do imóvel (“... *der Miether ein Jahr gesichert sein müsse...*”)³³⁴⁶.

Nos contratos de *Pacht* de prédios rústicos ou de direitos, celebrados sem prazo determinado, a denúncia apenas era admissível para o final do ano locativo, devendo ser efectuada até ao primeiro dia útil do semestre cuja conclusão coincidissem com a pretendida cessação do contrato (§ 595,1), desenvolvendo-se o que já estava presente no projecto da primeira Comissão³³⁴⁷.

³³⁴⁵ “*Ein Miethvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedarf der schriftlichen Form. Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen; die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zulässig*”. Cf. já o § 507 do projecto da segunda Comissão (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung*, cit., p. 157).

³³⁴⁶ ALEXANDER ACHILLES/PETER SPAHN/ALBERT GEBHARD (org.), *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1898, Prot. 112, p. 178.

³³⁴⁷ “*Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes die Pachtzeit nicht bestimmt, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahrs zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktag des halben Jahres zu erfolgen, mit dessen Ablaufe die Pacht endigen soll*”. No mesmo sentido tinha ido o §

Refira-se que a obrigatoriedade do respeito pelo pré-aviso legal – que, como se viu, foi introduzida com o § 522 do projecto da primeira Comissão – não fora aceite consensualmente. De uma das propostas (“Anträge”) sobre a redacção daquele inciso constava o seu carácter meramente supletivo (“Für die Kündigung gelten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist folgende Regeln...”) ³³⁴⁸. Mas o projecto da segunda Comissão não a seguiu e manteve a solução: a possibilidade de exclusão do pré-aviso de denúncia introduziria uma fractura no tráfico jurídico que seria inconvenientemente sentida (“Gegen den Antrag 1 hatte man insbesondere geltend gemacht, daß er durch die Auscheidung der vertragsmäßig bedungenen Kündigungsfristen in der Verkehr eine Spaltung hineintrüge, die unangenehm empfunden werden würde”) ³³⁴⁹.

O direito de o senhorio extinguir antecipadamente a locação sem dependência de pré-aviso era reconhecido perante situações de gozo da *res* que violassem o contrato ou de danos causados àquela, nos moldes já expostos no § 528,1 do projecto da primeira Comissão (“Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen, wenn der Miether oder derjenige, welchem der Miether den Gebrauch der gemietheten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermiethers einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermiethers in erheblichem Maße verletzt, insbesondere einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Miether obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet” – § 553 BGB).

O mesmo direito era concedido quando o pagamento da renda estivesse em mora, também na esteira do que determinara o § 528,2 daquele projecto (“Der Vermiether kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Miethverhältniß kündigen, wenn der Miether für zwei auf einander folgende Termine mit der Entrichtung des Miethzinses oder eines Theiles des Miethzinses im Verzug ist. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Miether den Vermiether befriedigt, bevor sie erfolgt” - § 554 BGB). Tenha-se em atenção, todavia, que o último período do § 554 BGB estabelecia a ineficácia da denúncia quando a obrigação de pagar a renda pudesse ser extinta por compensação e esta fosse declarada imediatamente após a denúncia (“Die Kündigung ist unwirksam, wenn sich der Miether von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien

535,1 do projecto da Segunda Comissão (*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung*, cit., p. 166).

³³⁴⁸ ACHILLES/SPAHN/GEBHARD, *Protokolle*, II, cit., Prot. 116, p. 214 (III, Antrag 1).

³³⁴⁹ ACHILLES/SPAHN/GEBHARD, *Protokolle*, II, cit., Prot. 116, p. 216.

konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt”), tal como já se previra no § 497,2 do projecto da segunda Comissão³³⁵⁰.

No seguimento dos trabalhos preparatórios, a necessidade da *res* para uso do locador não era reconhecida como hipótese de “Kündigung” (“BGB kennt diesen Fall des Kündigungsrechts nicht”)³³⁵¹, prevalecendo a solução do ALR. A realização de reparações também não estava prevista como fundamento resolutivo; DERNBURG remetia, neste conspecto, para o § 323 BGB, relativo à impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor³³⁵², enquadramento que WOLFF já tinha esboçado³³⁵³.

Sem novidades, o despejo não pode ser efectuado com recurso à autotutela, desde logo por força da proibição geral constante do § 229 BGB³³⁵⁴. Se tal suceder, o senhorio age ilicitamente contra a posse do arrendatário (nos termos do § 858,1 BGB³³⁵⁵) e o último pode recorrer aos meios de defesa possessória, como se observou no ponto anterior³³⁵⁶. E, ainda que munido de um título judicial de despejo, o locador deve sempre socorrer-se das vias processuais de execução³³⁵⁷.

Em suma, o código alemão cristalizou aquilo que desde a fase do *Usus Modernus Pandectarum* era o cerne da *praxis* nesta matéria: liberdade de denúncia, acompanhada da limitação das hipóteses de extinção antecipada aos casos expressamente previstos. Mesmo a minuciosa disciplina imperativa do pré-aviso, além de não pôr em causa este equilíbrio, limitou-se a prosseguir necessidades sociais que anteriormente eram visadas por muitos *iura propria*.

³³⁵⁰ Cf. *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung, Nach dem Beschlüssen der Redaktionskommission*, cit., pp. 153-154.

³³⁵¹ DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., § 111, a), p. 309, nota 43.

³³⁵² DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., § 111, a), p. 309, nota 42.

³³⁵³ Recorde-se o seu *Jus Naturae*, IV, cit., Cap. IV, § 1246, pp. 880-881 (cf., *supra*, II.2.2).

³³⁵⁴ Veja-se, na jurisprudência, a decisão do VIII. *Zivilsenats* do *Bundesgerichtshof*, de 14 de Julho de 2010 (compulsável em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=53081&pos=0&anz=1>): “Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren eigenmächtiges Ausräumen durch einen Vermieter stellt eine unerlaubte Selbsthilfe dar”, isto é, o despejo não legitimado por título judicial constitui um exercício ilícito de autotutela pelo senhorio.

Na doutrina, cf., por exemplo, RALPH KOSSMAN, *Handbuch der Wohnraummiete*, 6ª edição, Verlag Franz Vahlen, Munique, 2003, § 94, n° 20, pp. 400-401, HANS-H. GATHER, § 546 BGB, in SCHMIDT-FUTTERER, *Mietrecht. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 8ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2003, n° 13, p. 809, RONALD KANDELHARD, § 546 BGB, in HERRLEIN/KANDELHARD, *Mietrecht Kommentar*, 2ª edição, ZAP Verlag, Münster, 2004, n° 34, p. 321, e WOLF/ECKERT/BALL, *Handbuch*, cit., n° 995, pp. 304-305.

³³⁵⁵ “Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)”: quem, contra a vontade do possuidor, o esbulha da posse ou a perturba, actua ilicitamente (interferência ilícita na posse).

³³⁵⁶ Vide, ainda, GATHER, § 546 BGB, cit., n° 13, p. 809, KANDELHARD, § 546 BGB, cit., n°s 34 e 35, p. 321, e WOLF/ECKERT/BALL, *Handbuch*, cit., n° 994, p. 304.

³³⁵⁷ GATHER, § 546 BGB, cit., n° 13, p. 809; KANDELHARD, § 546 BGB, cit., n° 34, p. 321.

Assim, como se observou a propósito do Código de Seabra, o padrão seguido era o da vinculatividade do acordo de vontades, dentro das balizas temporais de duração contratual desenhadas pela autonomia das partes. Seria sol de pouca dura. Ainda não estavam volvidas duas décadas sobre a entrada em vigor do BGB e vários pilares da sua disciplina arrendatícia já tinham sido derogados pelo ímpeto da legislação vinculística.

3.6.4 – A posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador sobre a *res*

“Os finais do século XVIII são marcados pela refutação do Direito natural racional em nome do novo sentido histórico (...) Estava-se já, na viragem do século XVIII para o século XIX, num tempo (...) pouco inclinado para as especulações do Direito natural racionalista”³³⁵⁸.

Ao identificar a ciência jurídica como ciência histórica, a Escola Histórica negou a possibilidade de se deduzirem os seus conteúdos a partir de um direito natural racional e *a priori*³³⁵⁹: segundo SAVIGNY, tal processo dedutivo tinha um carácter arbitrário, pois cada um tomava como pressuposto as premissas convenientes para se alcançar um resultado previamente pretendido; acrescia que aquelas premissas podiam não ser o verdadeiro fundamento das soluções do direito positivo³³⁶⁰.

Assim, em oposição aos sistemas jurracionalistas construídos no Iluminismo, era negado o valor do próprio direito natural como ciência filosófica: “A opinião corrente é a de que o estudo da jurisprudência positiva pressupõe um estudo prévio do direito natural. Isso constitui uma degradação da ciência filosófica, considerada uma mera propedêutica da ciência histórica. Mas a filosofia como conhecimento prévio não é necessária aos juristas. A jurisprudência pode ser igualmente bem estudada sem o direito natural. Tal deflui do facto de que em épocas em que não se estuda filosofia, ou em que ela é pouco tida em conta, a jurisprudência pode estar florescente. Quem não

³³⁵⁸ JOSÉ LAMEGO, «Facticidade» e «validade» do Direito, cit., p. 605.

³³⁵⁹ Cf., v.g., WELZEL, *Introducción*, cit., pp. 181-182, WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., pp. 272-273, ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 441, JOSÉ LAMEGO, «Facticidade» e «validade» do Direito, cit., pp. 604-605, PAOLO BECCHI, *German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and “Conceptual Jurisprudence”*, in DAMIANO CANALE/PAOLO GROSSI/HASSO HOFMANN (org.), “A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900”, vol. 9 de ENRICO PATTARO (Editor-in-Chief), “A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence”, Dordrecht/Heidelberg/Londres/Nova Iorque, Springer, 2009, pp. 185 e ss., e a profunda análise de FREDRICK C. BEISER, *The German Historicist Tradition*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2011, pp. 214 e ss..

³³⁶⁰ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Anleitung zu Einem Eignen Studium der Jurisprudenz (1802/1803, Nachschrift J. Grimm)*, in “Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842”, organização de ALDO MAZZACANE, 2ª edição, Vittorio Klostermann, 2004, pp. 163-164.

quiser ser guiado pela filosofia, deve deixá-la. O seu estudo não exige meio ano, mas uma vida inteira”³³⁶¹.

Convoca-se ainda, a título ilustrativo, a reflexão de GUSTAV HUGO, “fundador de uma ciência civilística orientada historicamente”³³⁶², para quem as verdades do direito, válidas para um determinado povo, não eram cognoscíveis *a priori*, puras, gerais, pressupostas pela razão do senso comum, inatas à consciência, científicas na acepção estrita do termo; na verdade, elas assentavam num estado de coisas jurídico. Tal efectivo estado de coisas era *a posteriori*, empírico, com condições de tempo e lugar diversas, contingente, apreensível através da experiência própria e alheia, histórico no sentido amplo da palavra (“*Die Rechtswahrheiten, welche bey einem Volke gelten, sind nicht, wie sie sagen, a priori erkennbar, rein, allgemein, nothwendig, in der gesunden Vernunft gegeben, gewissen Maßen angeboren, wissenschaftlich im strengen Sinne des Worts; sondern es liegt nur Etwas dieser Art dabey zum Grunde, nämlich die Gewissenspflicht, es soll ein rechtlicher Zustand (...) Der wirkliche Zustand ist, wie wir sagen, a posteriori, empirisch, nach Zeit und Ort verschieden, zufällig, durch eigene und fremde Erfahrung von Thatsachen zu erlernen, geschichtlich (im vollen Sinne des Worts)*”)³³⁶³.

HUGO apresentava, de seguida, a génese natural das verdades do direito (“*Natürlicher Ursprung der Rechtswahrheiten*”): os princípios jurídicos de um povo construir-se-iam através de uma “conclusão formal”³³⁶⁴ ou por comando da autoridade, com eficácia para outras situações, como constituições imperiais, capitulares medievais, leis, estatutos ou diplomas locais (“*Die Rechtsätze eines Volkes bilden sich zwar allerdings auch durch einen förmlichen Schluß Desselben oder durch einen Befehl des*

³³⁶¹ SAVIGNY, *Anleitung zu Einem Eignen Studium der Jurisprudenz (1802/1803, Nachschrift J. Grimm)*, cit., p. 173: “*Die gewöhnlich Ansicht vom Studium des Naturrechts ist, daß es dem Studium der positiven Jurisprudenz als Vorkennntnis vorausgehen müsse. Est ist aber schon Herabwürdingung einer philosophischen Wissenschaft, sie als blose Vorkennntnis einer historischen zu betrachten. Aber auch blos als Vorkennntnis ist Philosophie dem Juristen durchaus nicht nothwendig. Jurisprudenz an sich kann ebenso gut ohne Naturrecht, als mit solchen studirt werden. Dies fließt schon daraus, daß in Zeiten, wo gar keine Philosophie studirt wurde, oder wenigstens so, daß man sie jezt nicht mehr für Philosophie halten würde, die Jurisprudenz doch in einem sehr blühenden Zustand seyn könnte. Wer nicht zur Philosophie getrieben wird, der lasse sie liegen. Ihr Studium erfordert nicht blos ein halbes Jahr, sondern ein ganzes Leben*”.

³³⁶² WIEACKER, *História*, cit., p. 431.

³³⁶³ GUSTAV HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. I, 7ª edição, bey August Mylius, Berlim, 1823, p. 19.

³³⁶⁴ Esclarecia-se, na edição seguinte, que tal significava o “*consensu*”, no sentido de D.1,3,40 (“*Ergo omne ius aut consensu fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*” – todo o direito foi feito por consenso, ou constituído por necessidade ou confirmado por costume). Cf. GUSTAV HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, vol. I, 8ª edição, bey August Mylius, Berlim, 1835, p. 20: “*...durch einen förmlichen ein für alle Mahl gefaßten Schluß Desselben, (Consensu nach [D.1,3,40])...*”.

*Fürsten, wie es nun ein für alle Mahl seyn soll, durch leges, (constitutiones) in perpetuum valiturae, im MittelAlter capitularia, capitulationes, assises (in diesem Sinne), etablissements, ordonnances, acts of parliament, statutes, Gesetze, Verordnungen, Edicte, Mandate, (in diesem Sinne), Artikel, Landtags Abschiede, Constitutionem, Organische Gesetze, Bundes Acten...”*³³⁶⁵.

Esta linha de pensamento teve reflexos na análise da sorte da posição contratual do locatário após a transmissão do direito do locador. Se considerável parte do jusracionalismo setecentista se dedicou à construção teórica de soluções que impunham ao sucessor a título singular a manutenção do *conductor*, o afastamento desse direito natural abstractamente pressuposto levou a que, à luz das novas concepções, se recuperasse a regra romana como padrão de validade. Era outra concepção de direito natural, agora assente no direito positivo, isto é, aquele que fora historicamente recebido.

Na sua obra sugestivamente intitulada “*Lições de Direito Natural como Filosofia do Direito Positivo, Especialmente do Direito Privado*”, o referido precursor da Escola Histórica (HUGO) negava que o novo proprietário ficasse vinculado à locação, dada a rígida fronteira entre os direitos reais e os direitos de crédito (“*Miethe und Pacht (...) mit der Frage, ob der neue Eigenthümer daran gebunde ist, welche freylich, bei eine scharfen Grenzlinie zwischen einem Rechte an einer Sache und einer Forderung, anders zu beantworten ist...*”)³³⁶⁶.

Sinal de quão problemático e sem resposta unânime ou clara se tornara o tema, o Professor bávaro ANDREAS FLORIAN MEILINGER perguntava se a máxima romana correspondia ao direito natural (“*Wenn es nach dem Römischen Recht heißt: Kauf bricht Miethe, stimmt wohl dieser Ausspruch mit dem Naturrecht überein?*”)³³⁶⁷ e a única resposta que dava – que, a demonstrar alguma inclinação, seria em sentido positivo – era a de que a regra tinha aplicação na Baviera (“*Anwendung auf die Bayerische Landesgestze*”)³³⁶⁸.

Com uma argumentação semelhante à de HUGO, ANTON BAUER expunha que o direito puramente pessoal do locatário não podia restringir a propriedade adquirida pelo comprador, o que coincidia com o direito romano: “*Denn durch das dem*

³³⁶⁵ HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, cit., pp. 19-20.

³³⁶⁶ GUSTAV HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, 4ª edição, bey August Mylius, Berlim, 1819, § 344, pp. 473-474.

³³⁶⁷ *Grundriß der Moralphilosophie und des Naturrechts*, Im königlichen Central-Schulbücher-Verlage, Munique, 1827, § 67, p. 83.

³³⁶⁸ MEILINGER, *Grundriß*, cit., § 67, p. 83.

*Miether gebührende persönliche Recht wird das Eigenthum des Käufers nicht eingeschränkt. Hiermit stimmt auch das Römische Recht überein*³³⁶⁹.

A propósito da colisão de direitos, e num raciocínio típico, CLEMENS-AUGUST VON DROSTE-HÜLSHOFF ensinava que, quando o direito positivo dava prevalência a certos direitos, era permitido o seu exercício mesmo que ele impedisse os outros direitos de serem exercidos (*“Damit besteht sehr wohl, daß ein positives Recht gewissen Rechten vor andern der Vorzug einräume, so daß es jeue ausüben läßt, wenn ihre Ausübung eigentlich durch diese verhindert dürfte”*), o que se ilustrava com a regra *Kauf bricht Miete*: *“Man denke nur an der Satz: Kauf bricht Miethe*³³⁷⁰.

THEODOR MAREZOLL, discípulo de HUGO, frisava que a cedência de uma coisa não visava a transmissão da propriedade, mas apenas a constituição de um direito pessoal, *maxime* de gozo (*“Das Gewähren einer Sache bezweckt entweder Uebertragung des Eigenthümes an den Empfänger, oder es soll nur ein persönliches Recht an der Sache, besonders ein Gebrauchsrecht gestattet werden”*)³³⁷¹; a regra *Kauf bricht Miete* era disso uma consequência, que nada tinha de iníquo, à semelhança da reivindicação dirigida contra um possuidor de boa fé (*“... die Regel: Kauf bricht Miethe wohl nur eine consequente Folgerung daraus, und nicht unbilliger, wie jede Vindication gegen den Besitzer im guten Glauben”*)³³⁷², não sendo correcto qualificá-la como invenção de um egoísmo maldoso: *“Sie ist also keineswegs eine blosse Erfindung des leidigen Egoismus”*³³⁷³.

Mas o Autor ressaltava que não era contrária à razão a consagração da regra inversa pelo direito positivo, para facilitar a convivência (o que acontecera, por exemplo, com diversos direitos locais e com o ALR): *“Est ist aber deshalb noch nicht unvernünftig, wenn, aus manchen Rücksichten des zu erleichternden Beisammenwohnens, das positive Recht jene Regel umkehrt. So nach vielen*

³³⁶⁹ *Lehrbuch des Naturrechts*, 3ª edição, bei Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1825, § 144, nota a), p.193.

³³⁷⁰ DROSTE-HÜLSHOFF, *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, 2ª edição, bei Adolph Marcus, Bona, 1831, § 117, p. 195.

³³⁷¹ *Lehrbuch des Naturrechts*, Bei Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1819, § 238, p. 241.

³³⁷² MAREZOLL, *Lehrbuch des Naturrechts*, cit., § 238, p. 241.

³³⁷³ MAREZOLL, *Lehrbuch des Naturrechts*, cit., § 238, nota a), p. 241. Com essa observação, MAREZOLL opunha-se à crítica do filósofo GOTTLOB ERNST SCHULZE, *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerlichen und peinlichen Rechts*, bey Johann Friedrich Röwer, Göttingen, 1813, § 157, p. 197, que considerava a regra da prevalência do direito do adquirente um egoísmo miserável da responsabilidade de frequentes interpretações (*“Anmerkung. Von dem Grundsatz: Kauf bricht Miethe; ist der leidige Egoismus, den man so oft zum Ausleger des Sinnes der Verträge gemacht hat, Erfinder”*).

Stadtrechten und nach Preussischem L. R.”³³⁷⁴. Apesar desta matização, a posição de MAREZOLL era bem diferente das críticas setecentistas da solução romana.

KARL DAVID AUGUST RÖDER apresentava *Kauf bricht Miete* como uma frequente violação da regra *nemo plus iuris* (embora mesmo no direito romano tivesse exceções, como na venda pelo Fisco) à qual conduzia um rigoroso conceito de direito real face ao mero direito pessoal que o locatário podia opor ao locador. E, num argumento também presente nas lições de direito natural de MAREZOLL, respondia-se em sentido negativo à questão prévia de saber se a reipersecução estava vinculada aos direitos de terceiros que possuíssem de boa fé; assim, era de aceitar em geral que “*Kauf bricht Miete*” (“*Einen offenen Verstoss gegen den obigen Grund (: nemo plus iuris in alterum transferre potest quam ipse habe) enthält auch der Satz: Kauf bricht Miethen — , den übrigens nicht einmal das römische Recht selbst, das ihn aufstellt, beim Verkauf durch den Fiskus festhielt, — so folgerecht er sich auch aus dem starren Begriff des jus in re des Käufers zu ergeben schien gegenüber dem bloss gegen die Person seines Vermiethers gerichteten Recht des Miethers. Dass aber die Vorfrage: ob mit dem Eigenthum unbedingte Verfolgung auch gegen den redlichen dritten Besitzer verbunden sein solle — verneint werden muss (...) wird allgemein zugegeben und das : Kauf bricht Miethen*”)³³⁷⁵.

A doutrina oitocentista do direito comum, cristalizada na Pandectística, continuou fiel às soluções tradicionais³³⁷⁶: o adquirente podia proceder ao despejo antecipado, uma vez que não estava obrigado a respeitar o direito meramente pessoal do locatário; este tinha o direito de exigir ao locador o pagamento de uma indemnização por não cumprimento. Assim decorria, por exemplo, das exposições de MÜHLENBRUCH³³⁷⁷, SEUFFERT³³⁷⁸, ARNDTS³³⁷⁹, MAREZOLL (que se limitava a transcrever D.19,2,25,1 e C.4,65,9)³³⁸⁰, HOLZSCHUHER³³⁸¹, ZIEBARTH³³⁸², BRÜCKNER³³⁸³, BRINZ³³⁸⁴, WINDSCHEID³³⁸⁵ ou DERNBURG³³⁸⁶.

³³⁷⁴ MAREZOLL, *Lehrbuch des Naturrechts*, cit., § 238, pp. 241-242 e nota a) desta página.

³³⁷⁵ *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Akademische Verlagshandlung von C. F. Winter, Heidelberg, 1846, § 102, nº 3, p. 336, continuação de nota da p. anterior.

³³⁷⁶ Ver, sobre o ponto, QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 92-96.

³³⁷⁷ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, cit., § 413, pp. 414-415 e 416 (nota 7 da p. anterior).

³³⁷⁸ *Praktisches Pandektenrecht*, cit., § 331, nº 2, pp. 207-208: “*Wenn der Locator die Sache die Sache veräußert (...) so ist der Erwerber befugt, dem Conductor sofort anzukündigen, und auch dieser ist das Verhältniß mit jenem fortzusetzen nicht verbunden (...) der Locator dem Conductor, wenn er in Folge der Veräußerung vor der Zeit ausgetrieben wird, Entschädigung leisten müß*”.

³³⁷⁹ *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 313, nota 4, p. 536.

³³⁸⁰ *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes*, § 136, p. 347.

³³⁸¹ *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, III, cit., § 299, p. 881.

Entendia-se que a regra se aplicava também às transmissões não voluntárias³³⁸⁷ e não era excepcionada por um eventual conhecimento da locação pelo adquirente³³⁸⁸.

O *pactum* concluído entre o locador/alienante e o adquirente para que este cumprisse a obrigação de proporcionar o gozo da *res* ao locatário (D.19,2,25,1 e C.4,65,9) era considerado um mero acordo a favor de terceiro em sentido impróprio (e que, portanto, não podia ser invocado pelo locatário) por Autores como BUSCH (se o comprador não cumprisse o acordado, era o vendedor quem contra isso podia reagir, através da *actio venditi*, e não o locatário com a *actio conducti*)³³⁸⁹, ZIEBARTH (em sentido semelhante ao de BUSCH)³³⁹⁰, SEUFFERT (o acordo vinculava o adquirente ao adimplemento do contrato, mas perante o locador)³³⁹¹, SINTENIS³³⁹², VANGEROW³³⁹³, BRÜCKNER³³⁹⁴ ou WINDSCHEID (para quem só assim não seria

³³⁸² ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., p. 146: “*Der Käufer kann zu jeder Zeit und ohne alle Rücksicht auf etwaige Exceptionen den Miether durch Gewalt oder Interdicte entfernen; der Miether hat sich wegen des Schadens lediglich an den Vermiether zu halten*”.

³³⁸³ BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht*, cit., pp. 38-39: “*...der Käufer an der Miethvertrag nicht gebunden ist und kraft seines dinglichen Rechts den Miether austreiben kann (...)* Der Miether kann die Veräußerung und dem Eigentumsübergang nicht hinder, sondern hat nur einen Anspruch gegen seinen Vermiether auf Sicherungstellung wegen seiner Entschädigungsansprüche...”.

³³⁸⁴ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II-2, cit., § 331, pp. 760-761.

³³⁸⁵ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 400, p. 677, nota 7.

³³⁸⁶ DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., § 111, a), p. 308: “*Unde vollends ein neuer Erwerber, insbesondere ein Käufer der vermieteten Sache war an die Miethverträge seines Vorgängers nicht gebunden (...)* Natürlich blieb aber der Vermiether dem Miether kontraktlich zur Entschädigung verbunden, wenn diesem der Kontrakt in Folge der Veräußerung nicht ausgehalten wurde”.

³³⁸⁷ BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht*, cit., p. 39: “*Dies gilt sowohl für den freiwilligen als für notwendigen Verkauf...*”.

³³⁸⁸ SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, cit., § 331, n° 2, p. 208 (mesmo que, no contrato de alienação, o locador informasse o adquirente da existência da locação, esta não o vinculava: “*... selbst dann nicht, wenn der Locator sei Recht aus dem Vertrage dem neuen Erwerber besonders abgetreten hat*”); BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht*, cit., p. 39 (“*Dies gilt (...) ohne Unterschied, ob der Käufer zur Zeit des Erwerbes von dem Miethverhältniß Kenntniß gehabt hat oder nicht*”).

³³⁸⁹ FERDINAND BENJAMIN BUSCH, *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1860, p. 67: “*Erfüllt der Käufer die mit dem Verkäufer eingegangene vertragsmäßige Bestimmung, den Pächter im Pachte zu lassen, nicht, so hat sich letzterer lediglich an seinen Verpächter zu halten, die ser aber mit der actio ex vendito gegen seinen Abkäufer zu klagen, und ebenso muß der letztere, wenn der Pächter in einem solchen Falle Schaden angerichtet hat, mittelst der actio emti gegen den Verkäufer klagen und letztern nöthigen, den Pächter mittelst der actio ex locato dieserhalb auf Ersatz zu belangen. Demnach ist in der [C.4,65,9] unter dem bonae fidei iudicium nicht die actio conducti, sondern die actio venditi gemeint*”.

³³⁹⁰ ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation*, cit., p. 150: “*Aus der Abrede, ut colono stetur ab emtor, kann nur dann mittelst der actio venditi (natürlich vom Verkäufer) geklagt werden, wenn dieselbe in continenti vereinbart, der (meistens schriftlichen) lex emtionis einverleibt ist*”.

³³⁹¹ SEUFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, cit., § 331, n° 2, p. 208: “*Der Letztere [Erwerber] ist jedoch an dem von dem Locator eingegangenen Vertrag gebunden, wenn er demselben die Erfüllung bei Uebertragung der Sache zugesichert hat*”.

³³⁹² *Das Practische gemeine Civilrecht*, II, cit., § 118, n° 117, p. 676.

³³⁹³ VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., § 643, p. 454.

³³⁹⁴ BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht*, cit., pp. 46-47.

quando estivessem preenchidos os requisitos da assunção de dívidas)³³⁹⁵. Porém, a tese do contrato a favor de terceiro era acolhida na *praxis*³³⁹⁶ e foi sufragada jurisprudencialmente em arestos do *Appellationsgericht* de Celle de 23 de Maio de 1868 (“*weil nach der gerade einen Streit vorliegender Art bezielenden [C.4,65,9] der Käufer durch die Bestimmung des Kaufcontracts nicht bloß dem Verkäufer, sondern auch dem Pächter gegenüber zur Aushaltung des Pachtcontracts für verpflichtet zu halten sei*”)³³⁹⁷, 2 de Outubro de 1872³³⁹⁸ e 1 de Maio de 1877³³⁹⁹, que decidiram que o adquirente ficava vinculado perante o arrendatário.

Também não foi objecto de consenso a obrigatoriedade de concessão, pelo sucessor a título singular, de um aviso prévio de denúncia antes de proceder ao despejo. Pressupondo a expulsão imediata levantaram-se, v.g., as vozes de SEUFFERT³⁴⁰⁰, WINDSCHEID³⁴⁰¹, BRÜCKNER³⁴⁰² ou ZIEBARTH³⁴⁰³. Apoiando-se no direito comum³⁴⁰⁴, DERNBURG pronunciou-se pela existência de uma obrigação de pré-aviso³⁴⁰⁵, o que foi acompanhado pela jurisprudência, nomeadamente uma decisão do *Oberappellationsgericht* de Dresden, de 19 de Janeiro de 1853: “... *der Grundsatz, daß Kauf Miethe breche, nur dahin aufzufassen, daß der neue Erwerber an die besondern zwischen dem Vorbesitzer und dem Miethinhaber bestandenhabenden Verabredungen nicht gebunden ist, dagegen an den sonstigen Bedingungen der Kündigung nichts geändert wird*”³⁴⁰⁶ (“... a regra de que a compra rompe a locação deve ser entendida no sentido de que o novo adquirente não está vinculado aos acordos de permanência

³³⁹⁵ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 400, p. 678, nota 7 da p. anterior.

³³⁹⁶ Assim, DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., § 111, a), nota 35, p. 308

³³⁹⁷ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 25, nº 102, pp. 149-150.

³³⁹⁸ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 28 (contido no vol. 6 da reimpressão de 1872), nº 22, pp. 499-500.

³³⁹⁹ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 32, nº 318, pp. 415-416.

³⁴⁰⁰ *Praktisches Pandektenrecht*, cit., § 331, nº 2, p. 208: “*so ist der Erwerber befugt, dem Conductor sofort anzukündigen*”.

³⁴⁰¹ WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 400, p. 677, nota 7.

³⁴⁰² BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht*, cit., p. 39: “... *er in dem Miethvertrag nicht eintritt, an die üblichen oder vertragsmäßigen kündigungsfristen nicht gebunden*”.

³⁴⁰³ *Die Realexecution und die Obligation*, cit., p. 146: “*Der Käufer kann zu jeder Zeit und ohne alle Rücksicht auf etwaige Exceptionen den Miether durch Gewalt oder Interdicte entfernen*”.

³⁴⁰⁴ Cf., *supra*, II.1.2.5.4 e especialmente MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633.

³⁴⁰⁵ DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., § 111, a), p. 308: “*Der Grundsatz: Kauf bricht Miethe wurde zwar aufgenommen, aber gemildert. Gemeinrechtlich darf der Miether Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfristen und eventuell eine angemessene Zeit zur Räumung beanspruchen*”.

³⁴⁰⁶ In “Seuffert’s Archiv”, vol. 8, nº 42, pp. 62-63. Sobre a decisão, *vide* GENIUS, *Der Bestandsschutz*, cit., p. 154 (que na nota 83 comenta que esta jurisprudência sobreviveu apesar do historicismo reinante no século XIX), WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 71 e QUAISSER, *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 92.

celebrados entre o anterior possuidor e o locatário, mas as condições de denunciabilidade do contrato não sofrem alterações”).

A hipótese da constituição de uma hipoteca como meio de obstar ao despejo pelo adquirente (que já contara com a oposição de HOHEISEL, LAMPE ou GLÜCK na recta final do *Usus Modernus*)³⁴⁰⁷ não mereceu adesão. Assim depunham expressamente as exposições de MÜHLENBRUCH³⁴⁰⁸, SINTENIS³⁴⁰⁹ ou BRÜCKNER³⁴¹⁰, Autores que citavam e seguiam GLÜCK.

Se a *traditio* do prédio fosse impedida pelo arrendatário, este ficava sujeito ao exercício do *interdictum unde vi* pelo senhorio (D.43,16,12 e D.43,16,18 pr.)³⁴¹¹, embora lhe pudesse resistir licitamente quando se preenchesse a “*iusta et probabilis causa*” de D.43,16,12. Observou-se, aquando do estudo do direito romano, que a doutrina do século XIX se encontrava profundamente dividida na interpretação do conceito³⁴¹².

A ciência do direito comum estava, assim, acantonada no postulado de que o direito do adquirente lhe permitia despejar o arrendatário – e até a reflexão jusnaturalista inflectiu os rumos seguidos no século XVIII. Os trabalhos preparatórios do BGB espelharam com naturalidade essa tendência, que só se inverteu quando foi forjada uma avassaladora (e tardia) reacção anti-romanista.

O projecto de Dresden (art. 552) manteve-se fiel à máxima *Kauf bricht Miete*³⁴¹³ mas, à semelhança do ABGB, ressalvava a possibilidade de o contrato de arrendamento

³⁴⁰⁷ *Supra*, II.1.2.5.4.

³⁴⁰⁸ *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, cit., § 413, pp. 416-417 (nota 7 da p. 415).

³⁴⁰⁹ *Das Practische gemeine Civilrecht*, II, cit., § 118, nº 117, p. 674.

³⁴¹⁰ BRÜCKNER, *Die Wohnungsmiethen nach gemeinem Recht*, cit., p. 39, nota 9: “... *aber immerhin bezieht sich diese Sicherung nur auf die Entschädigungsforderung des Miethers...*” (a garantia dizia respeito apenas à pretensão indemnizatória do locatário).

³⁴¹¹ Veja-se, por todos, VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, cit., § 643, p. 455, e BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II-2, § 331, p. 762, nota 48. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, II, cit., § 400, pp. 677-678, nota 7, entendia que D.43,16,12 e D.43,16,18 pr. apenas seriam aplicáveis quando o arrendatário retinha o prédio para possuir por si próprio, mas, ao impedir a transferência da posse a favor do adquirente, ele estava a reter por força do seu direito de locatário – e, por isso, seria aplicável D.43,17,3,3, relativo à turbação da posse. Nesse caso, continuava WINDSCHEID, se a declaração do senhorio em juízo permitisse concluir que tinha uma obrigação de proporcionar o gozo ao arrendatário, este poderia aproveitar-se dessa declaração e opor-lhe uma excepção.

Cremos que a interpretação de WINDSCHEID não era convincente: para D.43,16,12 e D.43,16,18 pr. o impedimento da *traditio* conduzia a uma *interservio possessionis* – e era por isso que se concedia o *interdictum* ao arrendatário, que passava a ser possuidor em nome próprio, embora *iniustus*.

³⁴¹² *Supra*, I.4.3.

³⁴¹³ Cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 95 (embora, na nossa opinião, a norma aí citada não seja a correcta), HATTENHAUER, *Bricht Miete Kauf?*, cit., p. 175, e WIELING, *Die Grundstücksmiete als dingliches Recht*, cit., pp. 206-207

ser inscrito no registo³⁴¹⁴: “Ist die vermietete Sache eine unbewegliche und geht ein den Gebrauch des Miethers ausschließendes Recht an derselben aus einen Dritten über, so ist, wenn der Miethvertrag vor dem Uebergange des Rechtes aus den Dritten im öffentlichen Buche eingetragen war, der Dritte verpflichtet, dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch bis zum Ablauf der festgesetzten Miethzeit zu gewähren, und es findet die Vorschrift des Art. 550 Abs. 2 Anwendung” (“Se a coisa locada for imóvel e for transmitido a um terceiro um direito sobre ela, incompatível com o gozo do arrendatário, o terceiro está obrigado a proporcionar ao arrendatário o gozo contratualmente estabelecido quando o contrato de locação tiver sido inscrito no registo antes da transmissão do direito do terceiro, sendo aplicável o art. 550,2)³⁴¹⁵.

Se o contrato de locação de imóveis fosse inscrito no registo antes da alienação do prédio, aplicava-se, pois, o mencionado art. 550,2 – o que permitia ao adquirente exercer o direito ao pagamento da renda desde o momento da aquisição (“Der dritte Erwerber kann, wenn er der übernommenen Verbindlichkeit gemäß dem Miether den Gebrauch der Sache überläßt, von dem Zeitpunkte seiner Erwerbung an die Rechte des Vermiethers aus den Miethzins geltend machen”)³⁴¹⁶. Ou seja, o arrendamento mantinha-se, com o adquirente a assumir a posição de senhorio.

O art. 553 tratava da transmissão judicial, remetendo a solução a adoptar para as leis de cada *Land* (“Inwiefern die Vorschrift des Art. 552 auch in dem Falle einer Zwangsversteigerung der vermieteten Sache gelte, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen”)³⁴¹⁷: nessas situações, a aplicação do art. 552 dependia dos direitos locais.

O projecto da primeira Comissão³⁴¹⁸ aceitaria, igualmente, a regra de que o adquirente podia despejar o arrendatário, mas exigia que aquele denunciasse o contrato mediante o aviso prévio previsto na lei (§ 509,1): até ao decurso desse prazo, o adquirente ficava vinculado ao arrendamento³⁴¹⁹. A disciplina era estendida a outros

³⁴¹⁴ O que, segundo WIELING, *Die Grundstücksmitte als dingliches Recht*, cit., p. 207, constituía uma aproximação parcial aos direitos reais.

³⁴¹⁵ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, cit., p. 110.

³⁴¹⁶ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, cit., p. 110.

³⁴¹⁷ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*, cit., p. 110.

³⁴¹⁸ Sobre as determinações do projecto na matéria, cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 95-96, WIELING, *Die Grundstücksmitte als dingliches Recht*, cit., pp. 207-208, e TILMAN REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 234-235.

³⁴¹⁹ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung*, cit., p. 110: “Ist im Falle der Vermietung eines Grundstückes nach Ueberlassung desselben an den Miether das Eigenthum an dem Grundstück von dem Vermiether auf einen Dritten übertragen worden, so ist der Dritte verpflichtet, den vertragsmäßigen Gebrauch des Grundstückes durch den Miether sowie die Vornahme derjenigen Handlungen, welche gegenüber dem Miether dem Vermiether obliegen,

direitos diferentes da propriedade com os quais o direito do locatário pudesse contender (§ 510)³⁴²⁰ e admitia-se cláusula do negócio de alienação que impusesse o cumprimento do contrato de arrendamento ao adquirente (§ 512)³⁴²¹.

Expunha-se nos *Motive*, por um lado, que uma aplicação absolutamente rigorosa do que decorria do direito romano (e que era seguido pela mais recente doutrina e *praxis* do direito comum) podia causar as maiores inconveniências nas grandes cidades, onde a maioria da população e até os mais altos e elegantes estratos sociais viviam em espaços arrendados: “... *so kann es doch nicht zweifelhaft, daß in der Gegenwart die strenge Durchführung jenes Grundsatzes abzulehnen ist, weil sie unter den gegenwärtigen Verhältnissen - zumal in der größeren Städten, wo die Hauptmasse der Bevölkerung bis zu den höchsten und vornehmensten Ständen hinauf zur Miethen wohnt - zu den größten Unzuträglichkeiten führen muß*”³⁴²².

Não se deixava de alegar, por outro lado, que, segundo os modelos prussiano e francês, *Kauf bricht nicht Miethen* conduzia à constituição de direitos reais sobre o prédio sem a necessidade de uma inscrição no registo, o que implicava que o adquirente não os podia conhecer³⁴²³.

Contudo, também não era através da inscrição no registo que a primeira Comissão antolhava uma protecção do arrendatário e, assim, afastou-se o propugnado pelo articulado de Dresden. Como justificação aduzia-se que se a inscrição dependesse

insbesondere die von dem Vermiether zu bewirkenden Ausbesserungen, noch so lange zu gestattet, bis nach der von dem Dritten and den Miether gerichteten Aufforderung zur Räumung des Grundstückes die im § 522 bestimmte gesetzliche Kündigungsfrist oder, wenn die vertragsmäßigen Kündigungsfrist kürzer ist, diese kürzere Frist verstrichen ist”.

³⁴²⁰ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, cit., pp. 110-111.*

³⁴²¹ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, cit., pp. 110-111.* Considerava-se que assim se atribuía uma protecção directa ao arrendatário, que podia exercer os seus direitos contra o adquirente (*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II, cit., p. 385: “... die Vereinbarung zwischen der Vermiether und dem Erwerber über die Erfüllung des Vertrages durch den letzteren soll dem Miether ein unmittelbar Recht gegen der Erwerber geben (§ 512)”*), ideia evidentemente tributária de uma interpretação de D.19,2,25,1 e C.4,65,9 já observável desde a obra dos Glosadores e que, como se verificou, era aceite pelos tribunais germânicos de oitocentos.

³⁴²² *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II, cit., p. pp. 383-384.* Segundo REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts, cit., p. 235*, a referência às camadas superiores da população demonstrava que a concessão do prazo de aviso prévio não constituía uma medida de “*protecção dos mais fracos*”, embora estes também beneficiassem dela.

³⁴²³ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II, cit., p. p. 384: “Auf der anderen Seite erheben sich außer auch gegen die Anerkennung des entgegengesetzten Grundsatzes “Kauf bricht nicht Miethen” schwerwiegende Bedenken. Insbesondere ist die Art der Regelung, welche diese Grundsatz in den preuß. und in dem franz. Rechte erfahren hat, mit den Prinzipien des Grundbuchrechtes (...) nicht vereinbar, indem nach jenen Rechten der Miether ein dingliches Recht and dem Grundstück ohne Eintragung erlangt und der Erwerber ein Miethrecht anzuerkennen hat, über welches das Grundbuch keine Auskunft giebt”*.

da vontade do proprietário seria facilmente contornada³⁴²⁴, mas, mesmo que assim não fosse, a medida implicaria um dispendioso aumento do afluxo de pedidos de registo³⁴²⁵. Além disso, seriam sempre exigidas excepções para as vendas judiciais, o que acabaria por impor, em importantes situações, a regra defendida no projecto³⁴²⁶.

Como óbice a *Kauf bricht nicht Miete* apontava-se, ainda, a necessidade da criação de normas que regulassem o direito do adquirente às rendas e a prestação a cargo do senhorio, à semelhança do usufruto³⁴²⁷.

A solução abraçada (que, como sabemos, estava longe de ser novidade)³⁴²⁸ constituía, no fundo, uma deliberada via intermédia (“*Mittelweg*”) entre as duas possibilidades em jogo³⁴²⁹.

Sobre esta opção abateu-se uma autêntica torrente de críticas³⁴³⁰, o que também se encontrava intimamente (embora não exclusivamente) ligado ao ataque que a corrente germanista lançou contra o projecto, considerado uma obra “*doutrinal, não alemã e não social*”³⁴³¹.

³⁴²⁴ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, cit., p. 384: “*Soll die Buchung von der Bewilligung des Eigenthümers abhängig sein, so isto zu beachten (...) die Bewilligung regelmäßig nicht ertheilen wird*”.

³⁴²⁵ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, cit., p. 384: “*Auch ohne die Nothwendigkeit der Bewilligung würde die Umständlichkeit und die Kosten der Buchungen entgegenwirken, wie der allgemeine Gebrauch derselben zu einer schädlichen Ueberfüllung des Grundbuches führen würde*”.

³⁴²⁶ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, cit., p. pp. 384-385: “*Dazu kommt, daß man in Uebereinstimmung mit dem preuß. Rechte und verschiedenen die Eintragung des Miethrechtes (...) im Interesse des Realkredits für den Fall Zwangswersteigerung und der Veräußerung im Konkurse über das Vermögen des Vermiethers (...) eine Ausnahmebestimmung geben müßte, welche keinen anderen Sinn haben würde, als den, daß dem anerkannten dinglichen oder gegen Dritte wirksamen Rechte in einem Hauptfalle die Wirkung zu versagen sei*”.

³⁴²⁷ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, cit., p. 385: “*... die Annerkennung des Grundsatzes “Kauf bricht nicht Miethe” (...) ein neues dingliches oder mindestens auch gegen die Sondernachfolger wirkendes Recht geschaffen werden würde, welches in mancherlei Beziehung noch dringender wie der Nießbrauch der besonderen Normirung bedürfte, indem insbesondere festzustellen sein würde, wie es mit dem Rechte des Erwerbers auf den Miethzins und mit der Verpflichtung desselben in Ansehung der dem Vermiether obliegenden Leistungen zu halten sei*”.

³⁴²⁸ Recorde-se que a exigência de um aviso prévio de denúncia a cargo do adquirente já remontava, pelo menos, ao século XVII (MEVIUS, *Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, cit., Pars V, *Decisio CCCXXXIX*, p. 633).

³⁴²⁹ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, cit., p. p. 385: “*Die hervorgehoben, gegen der Grundsatz “Kauf bricht nicht Miethe” sprechenden Bedenken und Schwierigkeiten, andererseits die mit der strengen Durchführung des entgegengesetzten Grundsatzes unverkennbar verbundenen Unzuträglichkeiten und Uebelstände haben der Entwurf bestimmt, in Ansehung der Vermiethung von Grundstücken einen Mittelweg einzuschlagen ...*”.

³⁴³⁰ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 96; REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., pp. 235 e ss. (que na nota 110 da p. 236 apresenta uma pletórica lista de escritos publicados contra a solução do projecto).

³⁴³¹ WESENBERG/WESENER, *Historia*, cit., p. 319. Cf., ainda, WIEACKER, *História*, cit., pp. 538-539, e REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., pp. 1 e ss..

O mais notório destes críticos, OTTO VON GIERKE, justificava tão elevada reprovação na opinião pública com a revolta suscitada pela adopção de uma regra contrária ao espírito da história jurídica alemã³⁴³².

Kauf bricht Miete seria a consequência doutrinária de raciocínios marcados por um seguidismo romanista: como a máxima era romana, afigurava-se-lhes lógico que a pretensão do locatário tivesse natureza meramente obrigacional e juridicamente não se pudesse construir a regra oposta³⁴³³. Todos os outros argumentos subjacentes ao projecto não passavam de subterfúgios inconsistentes, que colocavam um manto espúrio de triunfo sobre os ombros do direito das Pandectas (“*Alle weiteren für den Entwurf angeführten sind lahme Ausflüchte und hängen dem Triumphe des Pandektensrechts nur ein fadenscheinig Mäntelchen um*”)³⁴³⁴. Ninguém poderia seriamente acreditar que na Prússia, devido à vigência da solução oposta à do projecto, estivessem em perigo a segurança do tráfico jurídico ou a fé pública do registo³⁴³⁵.

Atendendo a que a regra “*Kauf bricht nicht Mieth*” correspondia ao “*bom velho*” direito germânico (seguido por vários direitos próprios mesmo depois da Recepção) e fora acolhida nas legislações prussiana e francesa, o Professor de Berlim mostrava a sua perplexidade pelo facto de um código alemão impor a disciplina romana³⁴³⁶.

Por isso GIERKE acusava: o carácter abstracto e neutral do projecto tinha, na verdade, um fundamento profundo e substancialmente não alemão, anticomunitário e capitalista, espelhado na aceitação de *Kauf bricht Mieth*³⁴³⁷.

Para outro conhecido censor do projecto, OTTO BÄHR, dificilmente se podia qualificar como via intermédia um dispositivo que permitia a crueldade de um despejo com mero aviso prévio³⁴³⁸.

No direito romano, o locatário não era possuidor e a locação era um vínculo puramente pessoal que não era oponível ao novo proprietário. Mas, na Alemanha, já fora reconhecida a posse ao locatário, atribuindo-se-lhe a *actio spoli* – até o § 814 do

³⁴³² GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit., p. 74.

³⁴³³ GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit., p. 74.

³⁴³⁴ GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit., p. 74.

³⁴³⁵ GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit., pp. 74-75.

³⁴³⁶ GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit., p. 75.

³⁴³⁷ GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, cit., p. 78.

³⁴³⁸ Recensão ao *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung*, in “*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”, 1888, p. 394.

projecto tutelava possessoriamente o “*Inhaber*”³⁴³⁹. Logo, tendo o locatário a posse, cessava o direito de livre expulsão pelo comprador³⁴⁴⁰.

Assomava um argumento baseado na equidade: para BÄHR, dar em arrendamento um prédio hoje, vendê-lo amanhã e com isso legitimar o comprador a proceder ao despejo era algo que contrariava o senso de justiça³⁴⁴¹.

O magistrado alegava, ainda, que não era necessário qualquer sistema de registo que assegurasse o conhecimento da locação pelo adquirente: nenhum comprador comprava uma casa recorrendo apenas a documentos e, por isso, não era fácil que a existência de um arrendamento escapasse ao seu conhecimento³⁴⁴².

Uma alternativa recorrentemente apresentada era a da atribuição de carácter real ao direito do arrendatário³⁴⁴³. Menciona-se, a título ilustrativo, o nosso já conhecido trabalho de OTTO FISCHER³⁴⁴⁴: era incongruente que não fosse atribuída protecção possessória aos locatários em geral quando se reconheciam efeitos reais às locações subjacentes ao direito de superfície e à enfiteuse³⁴⁴⁵. Era invocada, como fundamento, a necessidade de a legislação respeitar a natureza das coisas e a harmonia com a evolução histórica³⁴⁴⁶.

O discurso de índole “social” estava presente, mais uma vez em crítica ao projecto, pois a natureza precária da locação apenas poderia ser explicada pelo egoísmo das classes possidentes³⁴⁴⁷. E o argumento germanista não deixava, outrossim, de espreitar: era uma ironia do destino que, quando por todo o lado se impunha a ideia

³⁴³⁹ As aspas são utilizadas, sintomaticamente, pelo próprio Autor.

³⁴⁴⁰ BÄHR, Recensão ao *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung*, cit., p. 394.

³⁴⁴¹ BÄHR, ob. cit., p. 395.

³⁴⁴² BÄHR, ob. cit., p. 395.

³⁴⁴³ WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 96.

³⁴⁴⁴ Cf., a propósito, HATTENHAUER, *Bricht Mieth Kauf?*, cit., p. 176.

³⁴⁴⁵ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 118: “... heute sieht auch der Romanist in der Versagung des Besitzschutzes an der Miether eine Inconsequenz, er vermag es nicht mit den Mitteln der Logik zu erklären, warum den, obgleich bei des Superficies und Emphyteusis dem Miethsverhältnisse dingliche Wirkung gegeben werden konnte, dieses für andere Fälle der Mieth unmöglich sein soll”. Ressalvadas as devidas distâncias, é curioso notar que esta argumentação apresentava indesmentíveis semelhanças com o tipo de raciocínio e fundamentos usados pelas Escolas medievais para atribuírem natureza real à *locatio ad longum tempus*.

³⁴⁴⁶ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 118: “So berechtigt das Streben ist, die Gesetzgebung möglichst der Consequenz aus der Natur der Sache und der historischen Entwicklung anzubequemen...”.

³⁴⁴⁷ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 137: “... aus der ursprünglich zerbrechlichen Natur der Mieth zu erklärender und in späterer Zeit nur in Folge des Egoismus der besitzenden Klasse beibehaltener Sätze aufzugeben”.

alemã da natureza real da locação, na Alemanha ela batesse em retirada em favor de uma escola de pensamento ultrapassada e que queria ressuscitar o direito romano³⁴⁴⁸.

A favor da regra *Kauf bricht Miete* pronunciou-se GUSTAV HARTMANN³⁴⁴⁹, que a considerava conforme à equidade: corriam por conta do proprietário todos os incômodos, ônus e riscos da coisa, mas, através da sua venda e transferência, aquele pelo menos teria a liberdade jurídica de os transferir para outrem; se o locatário fosse titular de um direito real, essa liberdade perdia-se em grande medida³⁴⁵⁰.

HARTMANN aduzia que não era através de um direito real do locatário que se conseguia combater a especulação imobiliária nas grandes cidades, pois os especuladores atingiriam os seus fins através da denúncia com pré-aviso³⁴⁵¹.

Mas a solução encontrada pelo projecto da primeira Comissão (a da concessão de um pré-aviso de denúncia) foi unânime num aspecto: ninguém a defendeu³⁴⁵². O seu destino estava marcado.

Destarte, o projecto da segunda Comissão (§ 512,1) já continha a regra *Kauf bricht nicht Miete*³⁴⁵³, mais como resultado da pressão da opinião pública do que por uma preferência pela nova disciplina³⁴⁵⁴.

Expunha-se nos *Protokolle* que as consequências jurídicas e económicas da questão tinham sido grandemente exageradas: a maioria dos arrendatários, especialmente os de poucos recursos económicos, tomava de arrendamento por curtos períodos, pelo que não era *Kauf bricht Miete* que provocaria um acréscimo da escassez de casas e uma mobilidade forçada das classes desfavorecidas³⁴⁵⁵. Os senhorios também teriam o cuidado de estipular com os adquirentes a continuação do arrendamento, para

³⁴⁴⁸ FISCHER, *Soll Kauf Pacht und Mieth brechen?*, cit., p. 137: “*Es wäre doch eine Eigenthümliche Ironie des Schicksals, wenn, nachdem der Germanische Gedanke der Selbständigkeit und Dinglichkeit der Mieth sich fast die ganz Welt erobert und das römische Recht in seiner Heimath verdrängt hat, wir in Deutschland veralteter Schulweisheit zu Liebe zum römischen Recht zurückgeführt würden*”.

³⁴⁴⁹ Cf. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., pp. 238-239.

³⁴⁵⁰ GUSTAV HARTMANN, *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*, in AcP, 1888, p. 389.

³⁴⁵¹ HARTMANN, *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*, cit., p. 390.

³⁴⁵² REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., pp. 239-240.

³⁴⁵³ *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung*, cit., pp. 158-159 (“*Wird das vermietete Grundstück nach der Ueberlassung an den Miether von dem Vermiether an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermiethers in die während der Dauer seines Eigenthums sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein*”). Cf. WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., pp. 96-97, REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, cit., pp. 240-241, e WIELING, *Die Grundstücksmieth als dingliches Recht*, cit., pp. 209 e ss..

³⁴⁵⁴ Nesta conclusão, WOLTER, *Mietrechtlicher Bestandsschutz*, cit., p. 96.

³⁴⁵⁵ ACHILLES/SPAHN/GEBHARD, *Protokolle*, II, cit., Prot. 108, p. 137.

prevenirem uma eventual responsabilidade por não cumprimento do contrato, o que em geral era protecção suficiente³⁴⁵⁶.

Apesar destas considerações, justificava-se o abandono da opção do anterior projecto com o facto de em alguns territórios do *Reich* se aplicar a prevalência da posição do arrendatário, algo a que estava apegada a consciência jurídica das suas populações³⁴⁵⁷.

O § 571,1 BGB³⁴⁵⁸ seguiu no essencial a versão do projecto da segunda Comissão. O romanismo resistira até ao limite. Em toda a Alemanha, agora, *Kauf bricht nicht Miete*.

³⁴⁵⁶ ACHILLES/SPAHN/GEBHARD, *Protokolle*, II, cit., Prot. 108, p. 137.

³⁴⁵⁷ ACHILLES/SPAHN/GEBHARD, *Protokolle*, II, cit., Prot. 108, p. 137.

³⁴⁵⁸ “Wird das vermietete Grundstück nach der Ueberlassung an den Miether von dem Vermiether an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethverhältniß ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein”: “Se o prédio rústico for alienado a um terceiro após a sua entrega ao arrendatário, o adquirente sucede nos direitos e deveres do senhorio resultantes da relação de arrendamento enquanto durar o seu direito de propriedade”. Cf., actualmente o § 566 BGB (“Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein”: “Se o imóvel habitacional for alienado a um terceiro após a sua entrega ao arrendatário, o adquirente sucede nos direitos e deveres do senhorio resultantes da relação de arrendamento enquanto durar o seu direito de propriedade”). As diferenças de formulação justificam-se pelos diferentes arranjos sistemáticos que a matéria foi sofrendo.

CONCLUSÃO

Embora aquilo que definimos na introdução como “protecção do arrendatário” não existisse no direito romano, é seguro que – tal como ali também adiantámos – ela está perfeitamente consolidada no direito actual. O caminho percorrido foi longo e nem sempre linear, mas permite tirar conclusões e proceder a reflexões que talvez sejam úteis numa área social e jurídica cuja complexidade é inegável.

O direito do arrendatário à prestação *in natura* e a respectiva execução específica constituiu o fruto de sucessivas extensões analógicas da disciplina pós-clássica da realização coactiva das obrigações de *dare* e *restituere*, com o remate decisivo, ao que conseguimos apurar, atribuível ao jurisconsulto castelhano ANTONIO GÓMEZ.

A atribuição da tutela possessória aos meros detentores (incluindo o locatário) apoiou-se numa ideia de equidade que levou a doutrina medieval a procurar soluções que lhes permitissem a recuperação da *res* de que tivessem sido ilicitamente privados. O recurso ao ofício do juiz e à *actio spoli* do direito canónico foram os expedientes encontrados para obstar a um resultado que se reputava injusto. Mais tarde, a figura da posse de direitos fez a sua aparição com as mesmas finalidades.

A *constitutio* que nos chegou através de C.4,65,3 já limitava a extinção antecipada da locação de imóveis urbanos aos fundamentos nela previstos; a doutrina do *ius commune* não só a seguiu fielmente como a foi estendendo ao *colonus*. A sua combinação com a possibilidade de exercícios dos meios de defesa recuperatórios e, ainda, com uma crescente exigência do recurso à força pública para a efectivação do despejo impediu que o arrendatário ficasse injustificamente privado da *res* antes do decurso do prazo contratual.

A inoponibilidade da locação ao sucessor a título singular do direito do locador (ideia vulgarmente expressada através da máxima *emptio tollit locatum*) foi objecto de sucessivas restrições – cuja fundamentação dogmática era, aliás, muito duvidosa –, reveladoras de que os juristas das Idades Média e Moderna não conviviam bem com ela. O ataque jusracionalista que a solução romana sofreu foi disso um corolário.

As codificações dos séculos XVIII e XIX encontraram, pois, um contexto dogmático propício à consagração das soluções opostas à do direito romano e, em regra, fizeram-no. Certamente não por coincidência, tinham sido antecipadas por diversos *iura*

propria, que acorreram a necessidades sociais que, na sua óptica, o *ius commune* não satisfazia.

Todos estes desenvolvimentos comungavam de uma característica: pretendiam assegurar ao arrendatário o gozo efectivo do imóvel tal como fora acordado entre as partes. Era a defesa da estabilidade contratual que emergia.

Os desenvolvimentos do século XX conduziram a rumos muito diferentes. A legislação vinculística não visava apenas que o acordo de vontades fosse respeitado. Com a tendencial proibição de denúncia dos arrendamentos urbanos (combinada tantas vezes com limitações do valor das rendas) impunha-se aquilo que as partes não tinham contratado. Tornou-se regra aquilo que outrora a legislação do período pombalino impusera para os arrendamentos rurais do Alentejo.

Não é esta a sede para tratar do problema, até porque já o fizemos, chamando à colação o direito fundamental de propriedade privada, flagrantemente violado quando se impõe ao senhorio a concessão a outrem do uso do que é seu³⁴⁵⁹. A “*catástrofe legalista*” contra a qual alerta EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (e nos termos e contexto em que o faz)³⁴⁶⁰ é, pois, uma contraposição perfeita ao direito romano e ao *ius commune*, sedimentados numa reflexão prudencial guiada por princípios jurídicos fundamentais e não num *diktat* do poder político. Cremos que tal ficou demonstrado nas páginas antecedentes.

Nunca a ciência do direito reclamara o vinculismo, ao contrário do que acontecera com os indicados vectores de protecção do arrendatário. A justificação daquele é apenas político-ideológica. Também por isso as malhas vinculísticas estão sujeitas às contingências do legislador de cada momento (por exemplo, a Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto³⁴⁶¹, procedeu ao maior ataque de sempre às normas dirigistas do arrendamento urbano), mas a realização coactiva da prestação do locador, a tutela possessória oferecida ao locatário, a regra da não extinção antecipada sem justificação e a oponibilidade da locação ao adquirente sobrevivem com pacífica aceitação.

³⁴⁵⁹ Remetemos, pois, para os nossos trabalhos *As Restrições ao Direito de Propriedade Decorrentes do Vinculismo Arrendatício: uma Perspectiva Jusfundamental*, in BFDUC, 2005, pp. 967 e ss., e *Propriedade Privada e Cessação do Arrendamento Urbano: uma Compatibilização Impossível?*, in BFDUC, 2010, pp. 683 e ss.. Aí se dá conta, nomeadamente, da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que tem julgado atentatória do direito de propriedade legislação que impõe ao senhorio a manutenção indefinida dos contratos de arrendamento.

³⁴⁶⁰ *Por Uma Nova Docência Universitária do Direito: na Abertura do Primeiro Congresso de Direito Romano na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 11.

³⁴⁶¹ “*Procede à revisão do regime jurídico do arrendamento urbano, alterando o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro*”.

Em obediência à “*distância clarificadora que a história sempre reclama*”³⁴⁶² coibimo-nos de avançar nas reflexões. Mas cremos, outrossim, que só a história pode oferecer a lição que se impõe.

³⁴⁶² Parafrazeando ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, cit., p. 608.

RESUMO

No presente trabalho procede-se à análise da evolução histórica daquilo que hoje se entende como “protecção do arrendatário”. Pretende-se, assim, dilucidar, dentro de um método não apenas exegético mas também comparativo, o desenvolvimento dos quatro pontos fundamentais da relação contratual de arrendamento que influenciam directamente o direito de permanência do arrendatário nas dependências locadas:

- o regime da realização coactiva da prestação do locador;
- a tutela possessória do locatário;
- a extinção do contrato pelo locador;
- a posição do locatário perante a transmissão, a título singular, do direito do locador.

A primeira parte respeita ao Direito Romano em sentido estrito, ocupando-se da protecção do arrendatário nas épocas clássica, pós-clássica e justinianeia. A escolha não é difícil de entender: o actual contrato de locação locação tem a sua origem e segue de perto o esquema obrigacional da *locatio conductio rei* do *ius romanum*.

Relativamente à evolução da protecção do arrendatário após o renascimento do Direito Romano justinianeu (século XII), procurou-se colher directamente nas fontes das várias épocas o contributo então dado à matéria. O que permite, em simultâneo, uma exposição ilustrativa do pensamento jurídico europeu e das correntes doutrinárias que se sucederam ao longo da chamada tradição romanística.

Deste modo, a investigação passa pelo labor dos Glosadores, Canonistas, Comentadores (e, mais adiante, dos seus continuadores do *Mos Italicus*, neles incluídos os civilistas portugueses dos séculos XVI, XVII e XVIII), Humanistas, assim como dos juristas da época da recepção alemã e neerlandesa do Direito Romano, da Jurisprudência Elegante, do *Usus Modernus Pandectarum*, do Jusracionalismo, da Escola Histórica e da Pandectística.

Ao lado deste estudo do *ius commune* (que constituiu a base fundamental da experiência jurídica europeia até ao advento das codificações modernas), convocam-se os contributos originais dos direitos próprios (*iura propria*), bem como espécimes jurisprudenciais relevantes e, obviamente, o movimento codificador iniciado com o Iluminismo e consolidado no século XIX. Tal movimento - e o contexto que imediatamente o antecedeu - é examinado através de seis marcos legislativos: o Código

Civil da Baviera, o Código Civil prussiano, o Código Civil francês, o Código Civil austríaco, o Código de Seabra e o Código Civil alemão.

Ao apurar-se se as soluções oriundas do Direito Romano foram mantidas ou, antes, abandonadas (e, especialmente, por que motivos), poder-se-á chegar a conclusões que permitam ajudar a compreender os desafios presentes nesta tão sensível área jurídico-social.

ABSTRACT

The subject of this work is the historical evolution of what is understood in our days as “tenancy protection”. It is intended, therefore, to elucidate, with not only an exegetical but also a comparative method, the development of the four key points of the tenancy contractual relationship which directly influence the tenant’s right of staying in the leased premises:

- the specific performance of the landlord’s obligation;
- the tenant’s possessory protection;
- the termination of the contract by the landlord;
- the tenant’s position after the singular transmission of the landlord’s right.

The first part concerns the Roman law in a strict sense, dealing with the tenancy protection in classical, post-classical and Justinian times. The choice is not difficult to understand: the current lease contract has its origins and closely follows the obligational scheme of the roman *locatio conductio rei*.

Regarding the development of the tenant’s protection after the revival of justinian law (12th century), the research went through the legal-historical sources of each period. This also enables an illustrative view of the European legal thought and the doctrinal schools that succeed through the so-called romanistic tradition.

The research went through the work of the Glossators, Canonists, Commentators (and, later, their *Mos Italicus* followers, including the Portuguese civilists of the 16th, 17th and 18th centuries), Humanists and also the jurists of the time of the German and Dutch reception of Roman Law, Elegant Jurisprudence, Usus Modernus Pandectarum, Natural Law, Historical School and the Pandectistic.

Alongside this study of the *ius commune* (which formed the core of Europe’s legal experience until modern codifications), attention is paid to original contributions of the *iura propria*, as well as relevant case law specimens and, obviously, the codification movement which started with the Enlightenment and was consolidated in the 19th century. Such tendency - and the context that immediately preceded it - is examined through six legislative landmarks: the Civil Code of Bavaria, the Prussian Civil Code, the French Civil Code, Austria’s Civil Code, the first Portuguese Civil Code of (Seabra’s Code) and the German Civil Code.

To know whether the Roman Law solutions were maintained, or rather abandoned (and, above all, to know why), may be helpful to understand the present challenges in this sensitive legal and social area.

**FONTES, BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA E ELEMENTOS
AUXILIARES (PALEOGRAFIA)³⁴⁶³**

I – FONTES

ABICHT, JOHANN HEINRICH (1762/1816)

- *Neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts*, bey Johann Andreas Lübecks Erben, Bayreuth, 1792.

ABOIM, DIOGO GUERREIRO CAMACHO DE (1658/1709)

- *Didaco Guerreiro Camacho de Aboym, Decisiones Seu Quaestiones Forenses ad Amplissimo, Integerrimoque Portuensi Senatu Decisae*, editio tertia, Ex Officina Bernardi Antonii de Oliveira, Ulyssipone, 1759.

ACHENWALL, GOTTFRIED (1719/1772)

- *Ius Naturae in Usus Auditorum*, I, editio septima, Sumtibus Victorini Bossigeli, Gottingae, 1774.

ACHILLES, ALEXANDER (1833/1900)/**SPAHN, PETER** (1846/1925)/**GEBHARD, ALBERT** (1832/1907) (org.)

- *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1898.

³⁴⁶³ Os Autores das fontes jurídico-históricas de origem doutrinal serão indicados pelo nome com que eventualmente ficaram conhecidos em Portugal e/ou pela respectiva versão no vernáculo original, seguidos, sempre que possível, da menção do período em que viveram. A forma latinizada do nome surge no título, tal como é apresentada nas obras. Optou-se, ainda, pela colocação da data de edição em numeração árabe. Segue-se como modelo, pois, o índice de fontes jurídicas doutrinárias organizado, v.g., por GROSSI, *Locatio ad Longum Tempus*, cit., pp. 313 e ss..

Figuram no texto as informações sobre os períodos de vida dos Autores cujos contributos foram recolhidos em obras que não são da sua autoria (por exemplo, na Magna Glosa).

Se os organizadores de recolhas de fontes de índole não doutrinal lhes foram coevos ou, pelo menos, as coligaram antes do século XIX, também se indicam, se possível, os respectivos dados biográficos, especialmente quando isso se revelar necessário para a localização temporal do trabalho.

Quando forem citadas, simultaneamente, como fonte e elemento de bibliografia secundária, as obras constarão apenas da lista de fontes.

Na citação de dissertações da Idade Moderna figuram os nomes do presidente do júri e/ou do candidato, seguindo-se a indicação e ordem constantes do frontispício.

- *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. III, *Sachenrecht*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1899.

- *Actas da Comissão Revisora do Projecto de Código Civil Portuguez*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1869.

ACÚRSIO (ACCORSO ou ACCURSIO – 1182-85/1260-63)

- *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, Lugduni, 1627.

- *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, Commentariis Accursii (...)*, Lugduni, 1627.

- *Codicis Iustiniani (...) Repetitae Praelectionis Libri Duodecim. Accursii Commentariis ...*, *Tomus Quartus, novem priores Codicis libros continens*, Ex officina Rouill. Sumptib. Andreae & Iacobi Prost, Lugduni, 1627.

- *Institutionum, Commentariis Accursii*, Ex Officina Rouilliana, Lugduni, 1627.

- *Volumen Legum Parvum, Quod Vocant, In Quo Haec Insunt: Tres posteriores Libri Codicis D. Iustiniani Sacratissimi Principis, Authenticae, seu Novellae Constitutiones Eiusdem Principis, Feudorum Libri Duo (...) Cum Commentariis Accursii, Tomus Quintus*, Ex officina Rouill. Sumptib. Andreae & Iacobi Prost, Lugduni, 1627.

ALAUZET, ISIDORE (1807/1882)

- *Histoire de la Possession et des Actions Possessoires en Droit Français*, Imprimerie Nationale, Paris, 1849.

ALBERICO DE ROSATE (1290 /ca.1360)

- *Alberici de Rosate, In Secundam Digesti Veteris Partem Commentarii*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Secundam Digesti Veteris Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXII, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1977).

- *Alberici de Rosate, In Primam Partem Digesti Novi Commentaria*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Primam Digesti Novi Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXV,

selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1979).

- *Alberici de Rosate, In Secundam Codicis Part. Commentaria*, Venetiis, 1585 (*Commentarii in Secundam Codicis Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXVIII, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1979).

- *Alberici de Rosate, In Primam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, 1586 (*Commentarii in Primam Codicis Partem*, “Opera Iuridica Rariora”, XXVII, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1979).

ALBERTI, GEORG TOBIAS (1655)/TRAUTMANN, HEINRICH KASPAR

- *De Iure Expellendi Conductorem*, praeside Georg Tobia Alberti, publice disputabit Henricus Caspar Trautmann, Litteris Schultzi, Vitembergae, 1689.

ALCIATO, ANDRÉ (ANDREA ALCIATO – 1492/1550)

- *Commentariorum in Digesta, seu Pandectas Iuris Civilis*, in *Andrae Alciati, Opera Omnia, Tomi I*, Apud Thomam Guarinum, Basileae, 1582.

- *Andrae Alciati, Responsa, Libris Novem Digesta*, Apud Thomam Guarinum, Basileae, 1592.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Aus der K. K. Hof und Staatsdruckerey Wien, 1811.

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil, Prozeßordnung, Neue unveränderte mit dem Abdruck der letzt vorhergehenden vom Jahre 1816 wörtlich übereinstimmende Auflage, bei G. Reimer, Berlin, 1822.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Verlag von Albert Hauck & Comp., Berlin, 1855.

ALMEIDA, CÂNDIDO MENDES DE (1818/1881)

- *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14ª edição, Tipografia do Instituto Filomático, Rio de Janeiro, 1870.

ALTÚSIO, JOÃO (JOHANNES ALTHAUS ou ALTHUSIUS – 1557/1638)

- *Johannis Althusii, Iurisprudentiae Romanae Methodice Digestae Libri Duo*, editio altera correctae, Ex officina Christophori Corvini, Herbornae, 1592.

- *Johan. Althusii, Dicaelologicae Libri Tres, Totum & Universum Jus, Quo Utimur, Methodicè Complectentes*, Apud Christophorum Corvinum, Herbonae Nassoviorum, 1617.

AMARAL, ANTÓNIO CARDOSO DO (séculos XVI/XVII)

- *Liber Utilissimus Judicibus, et Advocatis*, Excudebat Antonius Alvarez, Ulyssipone, 1610.

ANDRÉ, JOÃO (Giovanni d'Andrea – 1270/1348)

- *Ioannis Andreae, In Primum Decretalium Librum Novella Commentaria*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1612.

- *Ioannis Andreae, In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1612.

- *Ioannis Andreae, In Tertium Decretalium Librum Novella Commentaria*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1612.

ÂNGELO ARETINO (ANGELO GAMBIGLIONI – †1465)

- *Angeli a Gambilionibus Aretini, In Institutiones Iustiniani Commentarii*, Lugduni, 1557.

ARNDTS, LUDWIG (1803/1878)

- *Die neuesten Versuche deutscher Civilgesetzgebung*, 2, in “Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, vol. I, Munique, 1853.

- *Lehrbuch der Pandekten*, 9ª edição, Verlag der J. G. Cotta'sche Buchhandlung, Estugarda, 1877.

AVEZAN, JEAN D' (finais do século XVI/1669)

- *Joannis d'Avezan, Liber Contratum Alter – Tractatus Secundus, De Locatione et Conductione*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Quartus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1752.

AYBLINGER, JOSEF ADAM (1664/1722)

- *Josepho Adamo Ayblinger, Commentarius ad Quinquaginta Libros Pandectarum*, Sumptibus Georgii Schlüter & Martini Happach, Augustae Vindelicorum, 1726.

AYRER, GEORG HEINRICH (1702/1774)

- *Georgii Henrici Ayreri, Prolusio Academica de Genere Actionis Adversus Conductorem Emtori Cedere Nolentem Instituendae*, Apud A. Vandenhoeck Acad. Typogr., Gottingae, 1739.

AZO (c. 1150/1230)

- *Azonis, In Ius Civile Summa*, Lugduni, 1564.
- *Azonis, Brocardia, Sive Generalia Iuris*, Basileae, 1567.
- *Azonis, Ad Singulas Leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, In Officina Iacobi Stoer, & Franc Fabri Lugdunensis, 1596.

BACHOVIO (AB ECHT), REINER (1575/1634)

- *Reinhardi Bachovii Ectii, Notae et Animadversiones in Matthei Wesenbecii Pandectas Iuris Civilis, Quae Olim Paratitla*, Apud Ioannem Kinchium, Colloniae Agrippinae, 1640.

- *Reinhardi Bachovii Ectii, Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, Volum. I, Apud Willhelmum et Francisc. Metternich Bibliopp., Coloniae Agrippinae, 1688.

- *Reinhardi Bachovii Ectii, Notae et Animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri*, Volum. II, *Pars Posterior*, Apud Willhelmum et Francisc. Metternich Bibliopp., Coloniae Agrippinae, 1688.

BÄHR, OTTO (1817/1895)

- Recensão ao *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung*, in “Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, 1888.

BALDO (1327/1400)

- *Baldi, Super Decretalibus*, Lugduni, 1564.

- *Baldi Ubaldi, In Quartum & Quintum Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, 1577.

- *Baldi Ubaldi, Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Tertium*, Apud Dominicum Nicolinum, & Socios, Venetiis, 1580.

- *Baldi Ubaldi, Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, Lugduni, 1585.

- *Baldi Ubaldi, In Secundam Digesti Vet. Partem Commentaria*, Venetiis, 1586.

BALDUÍNO, FRANCISCO (FRANÇOIS BAUDOUIN – 1520/1573)

- *Fran. Balduini, Commentarii in Libros Quatuor Institutionum Juris Civilis: et Ejusdem Libri Duo ad Leges Romuli, & Leges XII Tab.*, Apud Iacobum Dupys, Parisiis, 1554.

BARBOSA, AGOSTINHO (1589/1649)

- *Augustini Barbosa, Collectanea in Codicem Justiniani, Tomus Secundus*, Sumptibus Anisson, & Posuel, Lugduni, 1720.

- *Augustini Barbosa, Repertorium Juris Civilis et Canonici*, Apud Boudet, De Claustre, De Ville & De La Roche, Lugduni, 1722.

BARON, EGUINAIRE (1495/1550)

- *Eguinarium Baronem, Institutionum Seu Elementorum*, Apud Michaëlem Vascosanum, Lutetiae, 1562.

BÁRTOLO (1313/1357)

- *Bartoli, Commentaria In Primam Infortiatem Partem*, Excudebat Petrus Fradin, Lugduni, 1552.

- *Bartoli, In Duodecim Libros Codicis, Commentaria*, Froben, Basileae, 1562.

- *Bartoli, Digestum Novum Commentaria*, Froben, Basileae, 1572.

- *Bartoli à Saxoferrato, Omnia, Quae Extant, Opera, Tomus Primus, In Primam Digesti Veteris Partem, Sexta Editio Iuntarum, Venetiis, 1590.*

- *Bartoli à Saxoferrato, Commentaria, Tomus Secundus, In Secundam Digesti Veteris Partem, Apud Iuntas, Venetiis, 1600.*

BARTOLOMEU DE SALICETO (1330-1340/1411-1412)

- *Bartholomaei de Saliceto, Lectura Super Quarto Codicis, Johannes de Selgenstat, [Veneza], 1483.*

- *Bartholomaei a Saliceto, In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria, Venetiis, 1586.*

- *Bartholomaei a Saliceto, In VII VIII & IX Codicis Libros Commentaria, Venetiis, 1586.*

Basilicorum Libri LX., Post ANNIBALIS FABROTI curas ope codd. mss. a GUSTAVO ERNESTO HEIMBACHIO aliisque collatorum integriorum cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit D. CAROLUS GUILIELMUS ERNESTUS HEIMBACH, tomos 2 [Lipsiae, 1840] e 5 [Lipsiae, 1850].

BAUER, ANTON (1772/1843)

- *Lehrbuch des Naturrechts, 3^a edição, bei Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1825.*

BAYSIO, GUIDO DE (c.1250/1313)

- *Guidonis de Baiisio, Enarrationes Super Decreto, Apud Hugonem a Porta, Lugduni, 1549.*

BECHMANN, JOHANN VOLKMAR (1624/1689)/STRAUB, ANDREAS (1650/1690)

- *Dissertationem Inauguralem ad L. Aede III. C. de Locat. et Conduct., praeside Joh. Volk. Bechmann, publicae censurae exhibit Andreas Straub, Jenae, 1682.*

BECK, PHILIPP LUDWIG (1719/1761)

- *Philippus Ludovicus Beck, Dissertatio Inauguralis Iuridica De Conductore in Locatorem Iuste Retorquente Paroemiam Kauff bricht Miethe ad Illustrandos Textus L. 25. §. 1 L. 32. ff. et L. 9. Cod. Loc. Cond.*, Typis Ioh. Georgii Meyeri Acad. Typogr., Altorfii, 1745.

BELIME, WILLIAM (1811/1844)

- *Traité du Droit de Possession et des Actions Possessoires*, Joubert, Libraire de la Court de Cassation, Paris, 1842.

BELLEMÈRE, GILLES DE (1342/1407)

- *Aegidii Bellemerae, Commentaria in Gratiani Decreta, Ad Salamandrae*, apud Sennetonios fratres, Lugduni, 1550.

BELLERPERCHE, PIERRE DE (1250/1308)

- *Petri à Bella Perthica, Commentaria in Digestum Novum, Vidilicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, Francofurti ad Moenum, 1571.

BEM-FERREIRA, AGOSTINHO DO (1681/ainda vivia em 1759)

- *Summa da Instituta com Remissoens ao Direito de que Esta se Deduz, Ordenaçoes com que se Confórma, e Doutrinas Praticas*, tomo III, Na Officina de Domingos Gonsalves, Lisboa, 1746.

BENDAVID, LAZARUS (1762/1732)

- *Versuch einer Rechtslehre*, bey C. Quien, Berlim, 1802.

BERGER, JOHANN HEINRICH VON (1657/1732)

- *Io. Henr. de Berger, Oeconomia Iuris ad Usus Hodiernum Accomodati*, editio sexta, Sumptibus Haeredum Lanckisianorum, Lipsiae, 1755.

BERLICH, MATTHIAS (1586/1638)

- *Matthiae Berlichii, Conclusiones Practicabiles, Pars Secunda*, Sumptibus Hermanni Demen, Francofurti & Coloniae, 1693.

BERNARDO DE PARMA (BERNARDO DI BOTONE – final do XII-início do século XIII/1263-1266)

- *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. II, *Decretales D. Gregorii Papae IX, Suae Integritati una cum Glossis*, In Aedibus Populi Romani, Romae, 1582.

BERO, AGOSTINO (1474/1554)

- *Augustini Beroii, Consilia sive Responsorum, Volumen Primum*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis, 1577.

BETHMANN-HOLLWEG, AUGUST VON (1795/1877)

- *Handbuch des Civilprozesses*, I, 1, Adolph Marcus, Bonn, 1834.

BILLON, EDME

- *Coûtume du Comté et Bailliage d'Auxerre*, Chez Jean Guionard/Nicolas Le Gras/Guillaume Cavelier et Christophe David, Paris, 1693.

BOCERO, HENRIQUE (HEINRICH BOCER – 1561/1630)

- *Henrici Boceri, Disputationum de Universo Quo Utimur Jure, Pars Prima*, Editio Tertia, Sumptibus Haeredum Lazarus Zetzneri, Argentorati, 1634.

BOEHLAU, HUGO

- *Die Blume von Magdeburg*, Hermann Boehlau, Weimar, 1868.

BOHIER, NICOLAS DE (1469/1539)

- *Nicol. Boerii, Consilia*, in *Decisiones Burdegalenses*, Apud Ioannem Mareschallum, Lugduni, 1595.

- *Nicol. Boerii, Decisiones Aureae Quaestiones*, in *Decisiones Burdegalenses*, Apud Ioannem Mareschallum, Lugduni, 1595.

BÖHMER, JUSTUS HENNING (1674/1749)

- *Iusti Henningii Boehmeri, Ius Ecclesiasticum Protestantium, Tomus III*, editio quarta, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1747.

- *Iusti Henningii Boehmeri, Exercitationes ad Pandectas, Tomus III*, Apud Io. Wilh. Schmid, Acad. Bibliopol., Gottingae, 1748.

- *Iusti Henningii Boehmeri, Introductio in Ius Digestorum*, Nona Editio, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1756.

- *Iusti Henningii Boehmeri, Introductio in Ius Digestorum, Pars Altera*, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1756.

- *Iusti Henningii Böhmeri, Consultationum et Decisionum Juris, Tomi II, Pars II*, editio II, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1758.

- *Iusti Henningii Boehmeri, Doctrina de Actionibus ad Praxin Hodiernam et Novissimam Ordinationem Processus Electoralis Saxonici Accommodata*, Prostat in Officina Broenneriana, Francofurti, 1771.

BORCHOLTEN, JOHANNES (1535/1593)

- *Iohanne Borcholten, Commentaria in Quatuor Institutionum Iustiniani Imperatoribus Libros*, editio altera, priore emendatior, Impressa impensis heredum Ludolphi Brandes Senioris, 1595.

- *Iohannis Borcholten, Consilia Sive Responsa Iuris*, Typis Iacobi Lucii, impensis heredum Ludouici Brandes, Helmaestadii, 1600.

BORNEMANN, FRIEDRICH WILHELM LUDWIG (1798/1864)

- *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, vol. I, 2ª edição, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1842.

- *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, vol. IV, 2ª edição, Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1844.

BOSSI, EGIDIO (1488/1546)

- *Aegidi Bossi, Tractatus Varii*, Apud Haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1562.

BOUTARIC, FRANÇOIS DE (1672/1733)

- *Les Instituts de Justinien, Conferés Avec le Droit François, Divisés en Quatre Livres*, Chez Gaspar Henault et Jean-François Forest, Toulouse, 1738.

BOUTERWEK, FRIEDRICH (1766/1828)

- Recensão a IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, in “Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen unter der Aufsicht der Königl. Gesellschaft der Wissenschaften”, 28. Stück, den 18. Februar 1797.

BRINZ, ALOIS VON (1820/1887)

- *Lehrbuch der Pandekten*, vol. I, 2ª edição, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873.

- *Lehrbuch der Pandekten*, vol. II-2, 2ª edição, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1882.

BRITO, DIOGO DE (DIOGO DE BRITO DE CARVALHO – ca. 1555/1635)

- *Didaco a Britto, Compendium Diversorum Titulorum Iuris Pontificii, et Variarum Resolutionum Utriusque Iuris, Tomus Primus, In Quo Continentur Commentaria Copiosissima in Rubricam & Titulum de Locato, & Conducto*, ex officina Petri Craesbeeck, Ulyßipone, 1629.

BRITO, JOAQUIM MARIA RODRIGUES DE (1753 /1831)

- *Philosophia do Direito*, 2ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1871.

BRONCHORST, EBERHARD (1554/1627)

- *Everardi Bronchorst, ENANTIOΦΑΝΩΝ Centuriae sex, et Conciliationes Earundem*, Apud Joannem Tollium, Hardervici, 1652.

BRÜCKNER, HERMANN (1834/1920)

- *Die Wohnungsmiethe nach gemeinem Recht*, Hermann Böhlau, Weimar, 1877.

BRUNNEMANN, JOHANNES (1608/1672)

- *Johannis Brunnemanni, Commentarius in Quinquanginta Libros Pandectarum*, Apud Johannem Thenet, Lugduni, 1714.

- *Johannis Brunnemanni, Commentarius in Quinquanginta Libros Pandectarum, Tomus Secundus*, Apud Wilhelmum Smidt, Friburgi, 1714.

- *Johannis Brunnemanni, Commentarius in Codicem Justinianum, Tomus Secundus*, Expensis Antonii Servonii, Neapoli, 1778.

BRUNS, CARL GEORG (1816/1880)

- *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Hermann Böhlau, Weimar, 1874.

BUGNYON, PHILIBERT (ca. 1530/1590)

- *Philiberti Bugnyon, Legum Abrogatarum et Inusitatarum in Omnibus Curiis, Terris, Jurisdictionibus, & Dominiis Regni Franciae Tractatus*, editio tertia, Apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis, 1702.

BUHLE, JOHANN GOTTLIEB (1763/1821)

- *Lehrbuch des Naturrechts*, bey Johann Georg Rosenbusch, Göttingen, 1798.

Bürgerliches Gesetzbuch, in *Reichsgesetzblatt*, 1896, n° 21, 18 August.

BÜNEMANN, AUGUST RUDOLPH JESAIAS (1716/1774)

- *Aug. Rud. Ies. Bünemanni, De Emtorem Conductorem Secundum Ius Civile Non Expellente Dissertatio*, Gottingae, 1761.

BURLAMAQUI, JEAN-JACQUES (1694/1748)

- *Éléments du Droit Naturel*, ouvrage posthume, publié complet par la première fois, Chez François Grasset & Comp., Libraires et Imprimeurs, Lausanne, 1775.

BUSCH, FERDINAND BENJAMIN (1797/1876)

- *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1860.

BÜSSER, GEORG DAVID (1731/)

- *Georgius David Busser, Ad L. Si Quis In Tantam VII. C.Unde Vi*, Typis Georgii Ludovici Schulzii, Goettingae, 1752.

BUTRIO, ANTÓNIO DE (ANTONIO DA BUDRIO – 1338/1408)

- *Antonius de Butrio, Super Secundo Libro Decretalium, I*, In Edibus Ioannis & Gregori de Gregoriis Fratrum, Venetiis, 1502.

CABEDO, JORGE DE (1550/1604)

- *Georgio de Cabedo, Practicarum Observationum Sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Pars Prima*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1620

- *Georgio de Cabedo, Practicarum Observationum Sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae, Pars Secunda*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1620.

CACHERANO, OTTAVIANO (†1589)

- *Octaviano Cacherano, Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Paltheniana, Curante Ioanne Feyrabendio, Francofurti, 1599.

CAMINHA, GREGÓRIO MARTINS (século XVI)/**COSTA, JOÃO MARTINS DA** (séculos XVI/XVII)

- *Tratado da Forma dos Libellos, das Allegações Judiciaes, do Processo do Juizo Secular, e Ecclesiastico, e dos Contratos, com suas Glossas, com Addiçoens e Annotaçoens Copiosas Compostas pelo Doutor JOÃO MARTINS DA COSTA*, Na Officina dos Irmãos, e Sobrinho Ginioux, Impressores do Santo Officio, Coimbra, 1764.

CANCER, JAIME (1520/1592)

- *Jacobi Cancerii, Variarum Resolutionum Juris Universalis Caesarei, Pontificii et Municipalis, Pars Prima*, Ex Typographia Remondiniana, Venetiis, 1760.

CARBONE, NICCOLO (séculos XVI/XVII)

- *Nicolai Carboni, Practica Practicarum et Compendium Curiarum Civilis et Criminalis*, Apud Andrae Wecheli Haeredes, Claud. Marnium & Ioan. Aubrium, Francofurti, 1599.

CARNEIRO, BERNARDINO JOAQUIM DA SILVA (1806/1867)

- *Elementos de Moral e Principios de Direito Natural*, 6ª edição, Livraria de J. Augusto Orcel, Coimbra, 1864.

CAROCCI, VINCENZO (séculos XVI/XVII)

- *Vincentio Carocio, Tractatus Locati et Conducti*, Apud Joannem Gymnicum, Coloniae Agrippinae, 1584.

CARPZOV, BENEDIKT (1595/1666)

- *Benedicto Carpzov, Decisionum Illustrium Saxonicarum, Pars Secunda*, Typis & sumptibus Jacobi Laschi, Hanoviae, 1652.

- *Benedicti Carpzovii, Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica, Secundum Ordinem Constitutionum D. Augusti Electoris Saxon.*, editio novissima, Sumptibus Iohann Caspari Meyeri & Iacobi Fritschii, Apud Thomam Fritschium, Lipsiae et Francofurti, 1703.

- *Benedicti Carpzovii, Responsa Juris Electoralia*, Sumptibus Jo. Friderici Gleditsch, Lipsiae, 1709.

CARRÉ (GUILLAUME LOUIS JULIEN CARRÉ – 1777/1832)

- *Les Lois de la Procédure Civile*, I, nouvelle édition par ADOLPHE CHAVEAU, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1840.

CASTILLO SOTOMAYOR, JUAN DEL (séculos XVI/XVII)

- *Tractatus de Usufructu*, Ex Officina Typographica Wolfgangi Richteri, Francofurti, 1604.

CASTRO, FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA E (1543/1597)

- *Francisci de Caldas Pereyra et Castro, De Universo Iure Emphyteutico Syntagma Tripartitum*, Venundatur in D. Zachariae Palthenii, Librarii Francofurtensis Officina, 1612.

- *Francisci de Caldas Pereyra et Castro, De Universo Iure Emphyteutico Syntagma Tripartitum, Pars Quarta*, Venundatur in D. Zachariae Palthenii, Librarii Francofurtensis Officina, 1613.

- *Francisci de Caldas Pereyra et Castro, Tractatus de Emptione, et Venditione*, Ex Officina Nicolai Carvalho, Academiae Typographi, Conimbricae, 1617.

CASTRO, MANUEL MENDES DE (séculos XVI/XVII)

- Emmanuele Mendes de Castro, *Prima, et Secunda Pars Practica Lusitana, Advocatis, Iudicibus, Utroque Foro Quotidie Versantibus, Admodum Utilis et Necessaria*, Ex Officina Typographi Regii Antonii Alvarez, Ulysippone, 1641.

CASTRO, PAULO DE (PAOLO DI CASTRO – 1360-62/1441)

- *Pauli Castrensis, Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Primum*, Apud haeredes Nicolai Bevilaquae, Augustae Taurinorum, 1580.

- *Pauli Castrensis, Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Secundum*, Apud haeredes Nicolai Bevilaquae, Augustae Taurinorum, 1580.

- *Pauli Castrensis, In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1582.

- *Pauli Castrensis, In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis, 1582.

- *Pauli Castrensis, In Primam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis, 1594.

CATHERINOT, NICOLAS (1628/1688)

- *Les Axiomes du Droit Français*, Larose et Forcel Libraires Editeurs, Paris, 1883.

CERLINI, ALDO

- *Consuetudini e Statuti Reggiani del Secolo XIII*, vol. 1, in “Corpus Statutorum Italicorum”, 16, Hoepli, Milão, 1933.

CHABROL, GUILLAUME-MICHEL (1714/1792)

- *Coutumes Générales et Locales de la Province d’Auvergne*, Tome Premier, Chez Martin Dégoutte, Imprimeur-Libraire, Riom, 1784.

CHRYSTIN, JEAN-BAPTISTE (1622/1690)

- *Consuetudines Bruxellenses*, Apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis, 1689.

CHRISTYNEN, PAUL VAN (1543/1631)

- *Paulo Christinaeo, Practicarum Quaestionum Rerumque in Supremis Belgarum Curiis Iudicatarum Observatarumque, Volumen II. & III., Secundum*

Ordinem Codicis D. Iustiniani Imperatoris Digestum, Ex Officina Hieronymi Verdussii, Antuerpiae, 1626.

Clementis Papae V. Constitutiones (in “Corpus Iuris Canonici”, editio lipsiensis secunda, post AEMILII LUDOUICI RICHTERI, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Pars Secunda – Decretalium Collectiones, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1879).

CÍCERO

- *Epistolarum ad Atticum Libri XVI. ad Quintum Fratrem III. ad M. Brutum Unus*, ex recensione JO. AUGUST ERNESTI, Wirceburgi, 1780.

CINO (1270/1336)

- *Cinus, Lectura Super Codice*, Andree de Thoresanis, Venetiis, 1493.

CIRIACO, FRANCESCO NEGRI (século XVI/1637)

- *Francisci Nigri Cyriaci, Controversiarium Forensium, Liber Secundus*, Apud Germanum Nanty, & Claudium Langlois, Ludguni, 1672.

Civilprozeßordnung, in *Reichsgesetzblatt*, 1877, nº 6, 30 Januar.

CLAPROTH, JOHANN CHRISTIAN (1715/1748)

- *Grundriss des Rechts der Natur*, Bey Joh. Wilh. Schmidt, Univ. Buchhändler, Göttingen, 1749.

CLARO, GIULIO (1525/1575)

- *Julii Clari, Opera Omnia, Sive Practica Civilis et Criminalis, Tomus Prior*, Haeredum Cramer et Fratrum Philibert, Genevae, 1739.

COCCEJI, HEINRICH VON (1644/1719)

- *Hypomnemata Iuris ad seriem Institutionum Sacratiss. Imper. Iustiniani*, Sumptibus Jeremias Schrey & Henrici Johanni Meyeri Haered., Francofurti ad Viadrum, 1692.

COCCEJI, SAMUEL VON (1679/1755)

- *Samuelis de Cocceji, Jus Civile Controversi, Pars II*, editio altera, Ex officina Weidmanniana, Francofurti & Lipsiae, 1740.

- *Samuelis de Cocceji, Jus Civile Controversum*, editio quarta, Sumtibus Societatis, Francofurti & Lipsiae, 1779.

Code Civil des Français, Édition Originale et Seule Officielle, Imprimerie de la Republique, Paris, An XII, 1804.

Code de Procédure Civil, Édition Originale et Seule Officielle, Imprimerie Impériale, Paris, 1806.

Code Napoléon, Suivi de l'Exposé des Motifs, Sur Chaque Loi, Tome VI, Chez Firmin Didot, Libraire, Paris, 1808.

Codex Iustinianus (recognovit et retractavit PAULUS KRUEGER; in “Corpus Iuris Civilis”, vol. II, Berolini apud Weidmannos, 1954).

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. Oder Neu Verbessert – und Ergänzt – Chur-Bayrisches Land-Recht, gedruckt von Johann Jacob Vötter, Churfürstl. Hof- und Landschaft-Buchdruckern, München, 1756.

Codex Theodosianus (Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes, ediderunt TH. MOMMSEN et PAULUS M. MEYER, Berolini apud Weidmannos, 1905).

Codigo Civil Portuguez, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, 2ª edição oficial, Imprensa Nacional, Lisboa, 1868.

Codigo Civil Portuguez (Projecto), Imprensa Nacional, Lisboa, 1865.

Codigo Civil Portuguez. Projecto apresentado por ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA e examinado pela respectiva Comissão Revisora, Imprensa Nacional, Lisboa, 1863.

Codigo de Processo Civil, in *Collecção Official da Legislação Portugueza – Anno de 1876*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1877.

COLER, MATTHIAS (1530/1587)

- *Matthiae Coleri, Decisiones Germaniae*, editio quarta, Impensis Gotofredi Grossii, Lipsiae, 1631.

Collecção das Leys, Decretos, e Alvarás, que Comprehende o Feliz Reinado DelRey Fidelissimo D. José o I. Nosso Senhor, desde 31. de Julho de 1769. até 25. de Janeiro de 1777., Na Regia Officina Typographica, Lisboa, 1798.

CONNANO, FRANCISCO (FRANÇOIS CONNAN – 1508/1551)

- *Franc. Connani, Commentariorum Iuris Civilis Libri X*, Apud Haeredes Iacobi Iunctae, Lugduni, 1566.

CONTARDO, CESARE (†1585)

- *Caesaris Contardi, Commentarii in L. Unicam C. si de Momen. Poss. Sue. Appel. Sive in Aegidianam, Ad Cadentis Salamadrae Insigne*, Venetiis, 1574.

CORÁSIO, JOÃO (JEAN DE CORAS – 1515/1572)

- *Ioannis Corasii, Opera Quae Haberi Possunt Omnia, Prior*, Excudebat Iohann Schmidt, Witebergae, 1603.

Corpus Legum sive Brachylogus Iuris Civilis, edição crítica de EDUARDUS BÖCKING, Impensis Ferd. Dümmleri, Berolini, 1829.

CORVINUS, JOHANNES ARNOLD (1600/1650)

- *Joannis Arn. Corvini, Elementa Iuris Civilis. Juxta Ordinem Institutionum Imperialium*, Apud Ludovicum Elzevirium, Amsterodami, 1645.

- *Arnoldi Corvini, Digesta per Aphorismos Strictim Explicata*, editio postrema, Ex officina Elzeviriana, Amsterodami, 1664.

COSSACK, KONRAD (1855/1933)

- *Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, in “Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich”, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin, 1889.

COTHMANN, ERNST (1557/1624)/HINCIUS, JOHANN

- *Theses de Locatione et Conductione*, praeside Ernesto Cothmanno, Johannes Hincius (candidato), Typis Joachimi Pedani, Acad. Typ., Rostochi, 1614.

Coutumes du Pays et Duché de Brabant. Quartier d’ Anvers, Tome Deuxième. Coutumes de la Ville d’ Anvers, Par G. DE LONGÉ, Fr. Gobbaerts, Imprimeur du Roi, Bruxelles, 1871.

COVARRUBIAS Y LEYVA, DIEGO DE (1512/1577)

- *Variarum ex Iure Pontificio, Regio, & Caesareo Resolutionum*, in *Didaci Covarrubias a Leiva, Operum Tomus Secundus*, Sumpt. Gabrielis de Tournes & Filiorum, Coloniae Allobrogum, 1723.

CRAMER, JOHANN ULRICH VON (1706/1772)

- *Academische Reden über die gemeine und bürgerliche Rechtslehre, wodurch dieselbe in ihrem natürlichen Zusammenhange vorgetragen*, vol. II, 2^a edição, Auf kosten Johann Konrad Wohlers, Ulm, 1784.

CRONENBURGER, JOHANN MICHAEL (1565/1635)/CARANCK, PETER CORNELIUS

- *Theses Ex Tit. FF. C. et Inst. De Locatione et Conductione Desumptae*, praesidibus Ioanne Michaëlis Cronenburgero, publice disputandas proponit Petrus Corn. Caranck, Excudebat Petrus Keschidt, Coloniae Agrippinae, 1592.

CUJÁCIO (JACQUES CUJAS – 1522/1590)

- *Commentarii in XXII Selectos Titulos Digestorum*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Prior, Tomus Primus*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758

- *Ad Africanum Tractatus*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Prior, Tomus Primus*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758.

- *Paratitla in Novem libros Codicis Justinianeae Repetitae Praelectionis*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Prior, Tomus Secundus*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758.

- *Observationum et Emendationum Libri XXVIII*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Prior, Tomus Tertius*, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758.

- *Recitationes Solemnes Ad Tit. III. Si Ager Vectigalis, id est, Emphyteuticarius Pesatur*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Posterior, Tomus Septimus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1779.

- *Ad Libros II. III. et IV. Decretalium Gregorii Noni Recitationes Solemnes*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Posterior, Tomus Sextus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1780.

- *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes Solemnes*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Posterior, Tomus Nonus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1781.

- *In Codicem D. Justiniani Notae*, in *Iacobi Cuiaci, Opera, Pars Posterior, Tomus Decimus*, Excudebat Societas Typographica, Mutinae, 1782.

DAMHOUDER, JOOS (1507/1581)

- *Iodoco Damhouderio, Praxis Rerum Civilium*, Apud Gasparem Bellerum, Antuerpiae, 1617.

DARJES, JOACHIM GEORG VON (1714/1791)

- *Joachim Georg Daries, Institutiones Iurisprudentiae Privatae Romano-Germanicae*, Apud Christ. Henricus Cuno, Ienae, 1749.

- *Joach. Georgii Daries, Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, editio quarta, Apud Christ. Henr. Cuno, Ienae, 1751.

Decisiones Rote Nove et Antiquae cum Additionibus Casibus Dubiis et Regulis Cancellariae Apostolicae. Diligentissime Emendate, Stephano Sueynard, Lugduni, 1515.

Decretals Pseudo-Isidorianas, disponibilizadas in <http://www.pseudoisidor.mgh.de>.

Decretalium D. Gregorii Papae IX. Compilatio (in “Corpus Iuris Canonici”, editio lipsiensis secunda, post AEMILII LUDOUICI RICHTERI, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Pars Secunda – Decretalium Collectiones, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1879).

Decretum Magistri Gratiani (in *Corpus Iuris Canonici*, editio lipsiensis secunda, post AEMILII LUDOUICI RICHTERI, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Pars Prior – Decretum Magistri Gratiani, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1879).

DERNBURG, HEINRICH (1829/1907)

- *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. I, 3ª edição, Verlag des Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1881.

- *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. II, *Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht*, 4ª edição, Verlag des Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1889.

- *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, vol. I, 5ª edição, Verlag des Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1894.

- *Pandekten*, vol. I, 5ª edição, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1896.

- *Pandekten*, vol. II, 6ª edição, com a colaboração de JOHANNES BIERMANN, Verlag von H. W. Müller, Berlin, 1900.

DEUS, JOÃO DE (ca.1190/1267)

- *Cavillationes Seu Cautellae Domini Ioannis de Deo, Quae Doctrina Advocatorum, Partium & Assessorum, dici possunt, opus omnibus, in iure versantibus utilissimum*, in “Tractatus Cautelarum Omnium, Sive Cautionum, Ex Diversis Tam Veterum Quam Recentiorum Jurisconsultorum Monumentis Coacervatus”, Sumptibus Philippi Tinghi Florentini, Lugduni, 1577.

DOMAT, JEAN (1625/1696)

- *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel, le Droit Public et le Legum Delectus*, nouvelle edition, Tome 1, Aux Depens de la Societé, Paris, 1745.

- *Les Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel, le Droit Public et le Legum Delectus*, nouvelle edition, Tome 2, Aux Depens de la Societé, Paris, 1745.

DONELO, HUGO (HUGUES DONEAU – 1527/1591)

- *Hugonis Donelli, Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Tertius, cum notis Osualdi Hilligeri, Ad Signum Clius, Florentiae, 1841.*

- *Hugonis Donelli, Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Quartus, cum notis Osualdi Hilligeri, Ad Signum Clius, Florentiae, 1842.*

DROSTE-HÜLSHOFF, CLEMENS-AUGUST VON (1793/1832)

- *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 2ª edição, bei Adolph Marcus, Bona, 1831.*

DUARENO, FRANCISCO (FRANÇOIS DOUAREN – 1509/1559)

- *Francisci Duareni, Opera Omnia, Volumen Secundus, Typis Josephi Rocchii, Luccae, 1765.*

DUENÁS, PEDRO DE (1524/1557)

- *Petro a Duenas, Regularum Utriusque Iuris cum Ampliationibus, Liber Primus, Ad Candentis Salamandrae insigne, Venetiis, 1566.*

DUILL, JOHANN JAKOB

- *Johannes Jacobus Duillius, Disputatio Juridica Inauguralis, De Jure Emtoris Praedii, Expellendi Ejus Conductorem, Typis Philippi Casimiri Mülleri, Acad. Typogr., Marburgi Cattorum, 1730.*

DUMOULIN, CHARLES (1500/1566)

- *Caroli Molinaei, Commentarius in Codicem Sacratissimi Imperatoris Iustiniani, in “Operum”, Tomus Quartus, Apud Viduam Mathurini du Puis, Parisiis, 1658.*

DURANTIS, GUILHERME (GUILLAUME DURANT – 1230/1296),

- *Gulielmi Durandi, Speculi, Pars Prima et Secunda, Cum Io. Andreae, ac Baldi, Froben, Basileae, 1563.*

- *Gulielmi Durandi, Speculi, Pars Tertia et Quarta, Cum Io. Andreae, ac Baldi, Froben, Basileae, 1563.*

DURANTON (ALEXANDRE DURANTON – 1783/1866)

- *Cours de Droit Français Suivant le Code Civil*, Tome IV, 2ª edição, Alex-Gobelet, Libraire, Paris, 1828.

- *Cours de Droit Civil Suivant le Code Français*, Tome IX, 4ª edição, Societé Typographique Belge, Ad. Wahlen et Compagnie, Bruxelles, 1841.

DUVERGIER, J. B. (JEAN-BAPTISTE DUVERGIER – 1792/1877)

- *Collection Complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements et Avis du Conseil d'État (...) de 1788 à 1824*, Tome III, Chez A. Guyot et Scribe, Libraires-Éditeurs, Paris, 1824.

ECK, CORNELIS VAN (1662/1732)

- *Cornelii Van Eck, Principia Juris Civilis, Secundum Ordinem Digestorum, Pars Prima*, Apud Johannem Gyselaar, Franequerae, 1689.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, und im Auftrage der Commission herausgegeben von B. FRANCKE, Carl Höckner, Dresden, 1866.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung, edição oficial, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlim/Leipzig, 1888.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Zweite Lesung, Nach dem Beschlüssen der Redaktionskommission, Livros I-III, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1894.

Epitome Gai, in JOHANNES BAVIERA (ed.), “Fontes Iuris Romani Antejustiniani”, II, “Auctores”, Apud S.A.G. Barbèra, Florentiae, 1968.

ENGELBRECHT, HERMANN HEINRICH VON (1709/1760)

- *Selectiores Consultationes Collegii Jctorum Academiae Gryphiswaldensis*, Sumtibus Jacobi Loeffleri, Stralsundii et Gryphiswaldiae, 1741.

Estatutos da Universidade de Coimbra, Compilados Debaixo da Immediata e Suprema Inspeção de ElRei D. José I. Nosso Senhor, Pela Junta de Providencia Literaria Creada Pelo Mesmo Senhor Para a Restauração das Sciencias e Artes Liberaes Nestes Reinos, e em Todos os Seus Dominios Ultimamente Roborados Por Sua Majestade na Sua Lei de 28 de Agosto deste Presente Anno, Regia Oficina Tipografica, Lisboa, 1772.

ESPEISSES, ANTOINE D' (1594/1658)

- *Les Oeuvres de Antoine D'Espeisses*, Tome 1, Chez Les Frères Huguetan, Lyon, 1685.

ESTÊVAO DE TOURNAI (ÉTIENNE DE TOURNAI – 1128/1203)

- *Die Summa über das Decretum Gratiani*, herausgegeben von JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, Neudruck der Ausgabe Giessen 1891, Scientia Verlag, Aalen, 1965.

ESTOR, JOHANN GEORG (1699/1773)

- *Bürgerliche rechtsgelehrsamkeit der Teutschen, Andrer Teil*, im Verlage Immanuel Weldigens, Marburg, 1758.

EVERARDUS VAN MIDDELBURG, NIKOLAUS (1462/1532)

- *Consilia Sive Responsa*, Francofurti, 1572.

FABRO, ANTÓNIO (ANTOINE FAVRE – 1557/1624)

- *Antonii Fabri, De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris, Chiliadis Pars Prima in Decades XXV. Distincta*, Apud Franciscum Fabrum, Lugduni, 1598.

- *Antonii Fabri, De Erroribus Pragmaticorum et Interpretum Iuris, Chillas Absoluta seu Quarta et Postrema Pars*, Sumptibus Samuelis Crispini, Coloniae Allobrogum, 1615.

- *Antonii Fabri, Rationalia in Secundam Partem Pandectarum*, Apud Petrum et Iacobum Choët, Colloniae Allobrogum, 1626.

- *Antonii Fabrii, Rationalium in Tertiam Partem Pandectarum, Tomus Quintus & Ultimus*, Sumptibus Haeredum Petri de la Rouiere, Aurelianae, 1626.

- *Antonio Fabro, Codex Fabrianus Definitionum Forensium et Rerum in Sacro Sabaudiae Senatu Tractatarum, ad Ordinem Titulorum Codicis Iustiniani*, Sumptibus Petri Chouët, Genevae, 1659.

FACHINEI, ANDREA (1549/1609)

- *Andreae Fachinei, Controversiarum Juris Libri Tredecim*, Apud Hermannum Demen, Coloniae Agrippinae, 1678.

FARINÁCIO, PRÓSPERO (PROSPERO FARINACCI – 1544/1618)

- *Prosperi Farinaccii, Repertorium de Contractibus*, Sumpt. Haered. Gabr. Boissat, & Laurentii Anisson, Lugduni, 1642.

FAURE, JEAN (século XIII/1340)

- *Joannis Fabri, In Iustianianum Codicem Breviatium*, Morin, Lugdunum, ca. 1530.

- *Joannis Fabri, In Quatuor Libros Institutionum Eruditissima Commentaria*, Apud Altobellum Salicatum, Venetiis, 1572.

FEBO, BELCHIOR (século XVI/1632)

- *Melchiore Phaebo, Decisionum Senatus Regniae Lusitaniae, Tomus Secundus*, Apud Petrum Craesbeeck Typographum Regium, Olysippone, 1625.

FELTZ, JOHANN HEINRICH (1665/1737)/**SALOMON, NICHOLAUS**

- *Dissertatio Juridica de Causis ob Quas Locator Inquilinum Ante Tempus Statutum Expellere Postest*, sub praesidio Johannis Henrici Feltzii, solenni ac publicae eruditorum disputationi sistet Nicolaus Salomon, Literis Johannis Pastoriis, Argentorati, 1714.

FENET, P. A. (PIERRE-ANTOINE FENET – 1799/1876)

- *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Tome 14, Au Dépot, Rue Saint André-des-Arcs, n° 51, Paris, 1827.

FERREIRA, JOSÉ DIAS (1837/1909)

- *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Volume II, Imprensa Nacional, Lisboa, 1871.

- *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Volume III, Imprensa Nacional, Lisboa, 1872.

- *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Volume IV, Imprensa Nacional, Lisboa, 1875.

FIGUEIREDO, JOZÉ ANASTASIO DE (1766/1805)

- *Memoria Sobre a Qual Foi a Epoca Certa da Introducção do Direito de Justiniano em Portugal, o Modo da sua Introducção, e os Grãos de autoridade, que entre nos adquirio. Por cuja occasião se trata toda a importante matéria da Ord. liv. 3. tit. 64.*, in “Memorias de Litteratura Portugueza, Publicadas Pela Academia Real das Sciencias de Lisboa”, Tomo I., na oficina da mesma Academia, Lisboa, 1792.

FISCHER, OTTO (1853/1929)

- *Soll Kauf Pacht und Miethre brechen? Ein Gutachten, dem Deutschen Juristentag erstattet. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik von Pacht und Miethre*, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlim/Leipzig, 1888.

FONSECA, MANUEL THEMUDO DA (†1652)

- *Emmanuele Themudo da Fonseca, Decisiones Senatus Archiepiscopalis Metropolis Ulyssiponensis Regni Portugalliae, Tomus Secundus*, Ex Typographia Joannis Galram, Sumptibus Antonii Leite Pereira, Ulyssipone, 1688.

FÖRSTER, FRANZ AUGUST ALEXANDER (1819/1878)/ECCIUS, MAX ERNST (1835/1918)

- *Preußisches Privatrecht*, vol. II, 6ª edição, Verlag von Georg Reimer, Berlim, 1892.

FORTIUS

- *Les Chartes Nouvelles du Pays et Comté de Hainau*, nouvelle edition, Chez Gaspard Migeot, Imprimeur et Libraire, Mons, 1735.

FRANCHIS, VINCENZO DE (1530/1601)

- *Vincentio de Franchis, Decisionum Sacri Regii Consilii Neapolitani, Pars Secunda*, Ex Typogr. Io. Michaelis Cavalerii, Augustae Taurinorum, 1591.

FRANTZKE, GEORG (1594/1659)

- *Georgii Frantzki, Commentarius In Viginti et Unum Libros Pandectarum Juris Civilis Priores*, Sumptibus Christinai Weidmanii, Francofurti & Lipsiae, 1678.

- *Georg. Frantzki, Exercitationes Juridicae XIV*, editio secunda, Typis Petri Schmidii, Arnstadi, 1667.

FREIGIUS, JOHANNES THOMAS (1543/1583)

- *Ioan. Thomae Freigii, Paratitla Seu Synopsis Pandectarum Iuris Civilis*, Per Sebastianum Henric Petri, Basileae, 1583.

FREIRE, PASCOAL JOSÉ DE MELLO (1738/1798)

- *Paschallis Josephii Melli Freirii, Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum Publici tum Privati. Liber III. De Jure Rerum*, Ex Typis Academicis, Conimbricae, 1845.

- *Paschallis Josephii Melli Freirii, Institutiones Juris Civilis Lusitani. cum Publici tum Privati. Liber IV. De Obligationibus et Actionibus*, Ex Typis Academicis, Conimbricae, 1845.

FREITAS, AUGUSTO TEIXEIRA DE (1816/1883)

- *Legislação do Brasil. Consolidação das Leis Civis*, 3ª edição, B. L. Garnier, Rio de Janeiro, 1876.

FRIES, JOHANN HEINRICH HERMANN (1720/)

- *Meditatio Juridica de Iniquitate et Instabilitate Vulgati: Kauf geht vor Mieth*, Sumptibus Joannes Gottlieb Garbe, Francofurti ad Moenum, 1762.

FRUNDECK, JOACHIM MYNSINGER VON (1514/1588)

- *Ioachimi Mynsingeri a Frundeck, Apotelesma, Hoc Est, Corpus Perfectum Scholiorum ad Institutiones Justinianeas Pertinentium*, Sumptibus Ioannis Kinchii, Coloniae Agrippinensium, 1619.

GABRIELLI, ANTONIO (†1555)

- *Antonii Gabrielli, Communes Conclusiones*, Typis Ioannis Bringeri, Francofurti, 1616.

Gai Institutionum Commentarii Quattuor (Separatim ex Iurisprudentiae Antejustinianae Reliquiis a Ph. Eduardo Huschke, editio septima ediderunt E. Seckel et B. Kuebler, compositis in aedibus B. G. Teubneri, Lipsiae, 1935).

GAILL, ANDREAS (1526/1587)

- *Andream Gaill, Practicarum Observationum, Tam ad Processum Iudicarium Praesertim Imperialis Camerae*, editio postrema, Apud Antonium Hierat, Colloniae Agrippinae, 1616.

GAMA, ANTÓNIO DA (1520/1595)

- *Antonii de Gamma, Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae Centuriae IV*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1622.

GARNIER, FRANÇOIS XAVIER PAUL (1793/1879)

- *Traité des Actions Possessoires*, Société Typographique Belge, Adolphe Wahlen et Compagnie, Bruxelles, 1842.

Gazeta de Lisboa, 1819, n° 89, Sexta Feira 16 de Abril.

GEIGER

- *Beitrag zur Lehre vom interdictum unde vi und dem remedium spoli*, in "Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß", 1839.

GERHARD, EPHRAIM (1682/1718)/ **PUND, FRIEDERICH**

- *Dissertatio Academica de Regula Iuris Germanici Kauf geht vor Mieth*e, Praeside Ephraimo Gerhardo, Autor Fridericus Pund, Litteris Iodici Guilielmi Kohlesii Univ. Typogr., Altorfii Noric., 1718.

Gesetzblatt für das Königreich Bayern, 1870/1871, n° 23.

GIERKE, OTTO VON (1841/1921)

- *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1889.

- *Deutsches Privatrecht*, vol. III, Verlag von Duncker & Humblot, Munique e Leipzig, 1917.

GIFFEN, HUBERT VAN (1534/1604)

- *Huberti Giphanii, Explanatio Difficiliorum et Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, Impensis Haeredum Authoris, Coloniae Placianae, 1615.

- *Huberti Giphanii, Antonomiarum Juris Civilis Libri IV*, Sumpt. Joan. Davidis Zunneri, Typis Pauli Hummi, Francofurti, 1666.

GIFFEN, HUBERT VAN (1534/1604)/ROYER, BALTHAZAR

- *Theses de Locatione et Conductione*, praeside Huberto Giphanio, Balthazar Royer tuebitur, Ex Officina Typographica Wolfgangi Ederi, Ingolstadi, 1594.

GIL, BENTO (século XVI/1623)

- *Benedicto Aegidio, Commentaria in L. Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur. Duabus Divisa Partibus*, Ex Officina Petri Craesbeeck, Ulyssipone, 1619.

- *Benedicto Aegidio, Secunda Pars Commentariorum Ex Hoc Iure FF. de Iustit. et Iur.*, Ex officina Petri Craesbeeck, Typographi Regii, Ulyssipone, 1621.

GLASSON, E. (ERNEST DÉsirÉ GLASSON – 1839/1907)

- *Éléments du Droit Français, Considéré dans ses Rapports Avec le Droit Naturel et l'Économie Politique*, I, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeur, G. Pedone Lauriel, Successeur, Paris, 1884.

Gli Statuti della Città di Lucca Nuovamente Corretti et con Molta Diligentia Stampati, Stampati per Giovambattista Phaello Bolognese, Lucca, 1539.

GLÜCK, CHRISTIAN FRIEDRICH VON (1755/1831)

- *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. XVIII-1, in der Palmischen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1816.

- *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld; ein Commentar*, vol. IV – 2, in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1843.

- *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld; ein Commentar*, vol. XVII, Verlag von Palm & Enke (Adolph Enke), Erlangen, 1868.

GÖBEL, JOHANN WILHELM VON (1683/1745)

- *Joh. Wilhelmi de Goebel, Observationes Theoretico-Practicae de Locatione et Conductione*, Typis Drimbornianis, Helmstadii, 1742.

GÖDDE, JOHANN (1555/1632)

- *Thesium Sive Disputationes Iuris: Praeside Iohanne Goeddaeo, Pars II*, Excudebat Paulus Egenolphus, Typographus Academicus, Marpurgi Cattorum, 1595.

- AAVV, *Consiliorum Sive Responsorum Doctorum et Professorum Facultatis Juridicae in Academia Marpurgensis, Volumen Quartum*, Sumptibus Godefridi Tampachii, Typis Caspari Rötelli, Francofurti ad Moenum, 1631.

GÖDE, HENNING (1450/1521)

- *Henningi Goden, Consilia*, Typis Excudebat Ioannes Luft, Vitebergae, 1544.

GODOFREDO DE TRANO (GOTTOFREDO DI TRANO – †1245)

- *Goffredi di Trano, Summa per Titulis Decretalium*, Neudruck der Ausgabe Lyon 1519, Scientia Verlag, Aalen, 1969.

GÓMEZ, ANTONIO (1501/1562-72)

- *Antonio Gomezio, Commentariorum, Variarumq. Resolutionum Iuris Civilis Communis et Regii, Tomi Tres*, Ad Cadentis Salamadrae Insigne, Venetiis, 1572.

GOZADINO, LUDOVICO (1479/1536)

- *Ludovici de Gozadinis, Consilia*, Apud Haeredes Iacobi Giuntae, Lugduni, 1549.

GRÉGOIRE, PIERRE (1540/1597)

- *Petrus Gregorio Tholosano, Syntagma Iuris Universi, Pars III*, Apud Ioannem Pillehotte, Lugduni, 1592.

GREVE, PETER DE

- *Petri de Greve, Exercitationes ad Pandectarum Loca Difficiliora*, Ex Officina Andreae ab Hoogenhvysen, Noviomagi, 1660.

GRÓCIO, HUGO (HUIG DE GROOT – 1583/1645)

- *Hugonis Grotii, De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Apud Janssonio-Waesbergios, Amstelaedami, 1720.

- *The Jurisprudence of Holland (Inleydinge tot de Hollantsche rechtsgeleertheit)*, the text translated with brief notes and a commentary by ROBERT WARDEN LEE, vol. I – *Text, Translation and Notes*, reimpressão da 2ª edição (Oxford, 1953), Scientia Verlag, Aalen, 1977.

- *The Jurisprudence of Holland (Inleydinge tot de Hollantsche rechtsgeleertheit)*, the text translated with brief notes and a commentary by ROBERT WARDEN LEE, vol. II – *Commentary*, reimpressão da edição de Oxford (1936), Scientia Verlag, Aalen, 1977.

GROENEWEGEN VAN DER MADE, SIMON VAN (1613/1652)

- *Simone à Groenewegen vander Made, Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus*, Apud Joannem Janssonium à Waesberge, & viduam, Amstelaedami, 1669.

GROS, KARL HEINRICH (1765/1840)

- *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 6ª edição, Verlag der J. Cotta'schen Buchhandlung, Estugarda/Tübingen, 1841.

GRUCHOT, JULIUS ALBRECHT (1805/1879)

- *Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Käufer eines vermieteten oder verpachteten Grundstückes und dem Miether oder Pächter in Folge des Satzes: "Kauf bricht nicht Mieth"*, in "Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", 1873.

GRUNING, WOLFGANG (1562/1615)

- *Wolfgangus Gruningius, Positiones de Contractu Locationis et Conductionis*, typis Leonhardi Ostenii, Basileae, 1592.

GOUDELIN, PIERRE (1550/1619)

- *Petri Gudelini, Commentariorum de Jure Novissimo. Libri Sex*, Typis Jacobi Biesii, Arnhemii, 1661.

GUILLOUARD, L. (LOUIS-VINCENT GUILLOUARD – 1845/1925)

- *Traité du Contrat de Louage*, Tome 1, 2^a edição, G. Pedone Lauriel, Successeur, Paris, 1887.

- *Traité du Contrat de Louage*, Tome 2, 2^a edição, G. Pedone Lauriel, Successeur, Paris, 1887.

GUTJAHR, KARL THEODOR (1773/1809)

- *Entwurf des Naturrechts*, bey Gottfried Martini, Leipzig, 1799.

HAHN, HEINRICH (1605/1668)/**FIRNEKRANZ, NICOLAUS**

- *Henrici Hahnii, Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Prior*, tertium recognita, emendate, plurimum aucta, Typis & sumtibus Henningi Mulleri, Acad. typogr., Helmaestadii, 1668.

- *Henrici Hahnii, Observata Theoretico-Practica ad Matthaei Wesenbecii in L. Libros Digestorum Commentarios, Pars Posterior*, tertium recognita, emendate, plurimum aucta, Typis & sumtibus Henningi Mulleri, Acad. typogr., Helmaestadii, 1668.

- *De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem, Sive Commendatio Legalis ad L. 3. & 9. C. de Locat conduct. & c. 3. § verum. X. Eod.*, sub praesidio Henrici Hahnens, publicae eruditorum disquisitionem subjecit Nicolaus Firnekrantz, Helmenstadii, 1665, in DAVIDI MEVII, *Singularium Quaestionum juris in causis Proprietariorum & Pensionarum controversi Resolutiones Illustres, tertia vice revisae & auctae. Quibus accessit Dn. D. Henrici Hahnii Jcti, (...) Dissertatio De Conductore Expellendo Ante Finitam Locationem (...)*, Sumptibus Simon Johann Hübneri, Hall. Magdeburg., 1696.

HALBRITTER, JOHANN (1560/1627)

- *Johanne Halbritero, Haec de Locatione & Conductione Axiomata*, Apud Alexandrum Hoggium, Tubingae, 1589.

HARPPRECHT, JOHANNES (1560/1639)

- *Johanni Harpprechti, Commentarius ad IV Libros Institutionum Imperialium, Tomus Tertius*, editio quarta, Apud Marcum-Michaellem Bousquet & Soc., Lausannae, 1748.

HARTMANN, GUSTAV (1835/1894)

- *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*, in AcP, 1888.

HAUNOLD, CHRISTOPH (1610/1689)

- *Christophoro Haunoldo, Controversiarum de Justitia et Jure Privatorum Universo Nova et Theorica Methodo in Decem Tractatus, et Quatuor Tomos Digestarum, Tomus Quartus*, Apud Joannis Simonis Knab, Typographi Academici, p. m. Viduam, Ingolstadii, 1672.

HEINÉCIO (JOHANN GOTTLIEB HEINECKE – 1681/1741)

- *Ioh. Gott. Heineccii, Academische Reden über desselben Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, bey Wolfgang Ludwig Springs sel. Erben und Joh. Gottlieb Garbe, Buchhändler in Franckfurth am Mayn, Frankfurt und Leipzig, 1748.

- *Io. Gottlieb Heiniccii, Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum*, in “Operum”, Tomus Quintus, Sumptibus Fratrum de Tournes, Genevae, 1768.

- *Io. Gottlieb Heiniccii, Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Pandectarum*, in “Operum”, Tomus Sextus, Sumptibus Fratrum de Tournes, Genevae, 1768.

HELLFELD, JOHANN AUGUST (1717/1782)

- *Io. August Hellfeld, Iurisprudentia Forensis Secundum Pandectarum Ordinem In Usam Auditorii Proposita*, editio tertia, Sumtibus Viduae Croeckerianae, Ienae, 1771.

HERT, JOHANN NIKOLAUS (1651/1710)

- *Joannis Nicolai Hertii, Responsa et Consilia*, collegit, revidit & edidit filius Johannes Jeremias Hertius, Apud Joh. Benj. Andreae, & Henr. Hort., Francofurti ad Moenum, 1729.

- *Ioannis Nicolai Hertii, De Pacto, Ne Dominus Rem Suam Alienet, Dissertatio, in Commentationum Atque Opusculorum de Selectis et Rarioribus ex Iurisprudentia Universali, Publica, Feudali & Romana, Nec Non Historia Germanica. Argumentiis, Volumen Primus, Apud Ioh. Beniam. Andreae, & Henr. Hort., Francofurti ad Moenum, 1737.*

- *Ioannis Nicolai Hertii, De Paroemiis Iuris Germanicis, Libri Tres, in Commentationum Atque Opusculorum de Selectis et Rarioribus ex Iurisprudentia Universali, Publica, Feudali & Romana, Nec Non Historia Germanica. Argumentiis, Volumen Secundum, Apud Ioh. Beniam. Andreae, & Henr. Hort., Francofurti ad Moenum, 1737.*

HEUMANN, JOHANN (1711/1760)

- *Opuscula, Quibus Varia Iuris Germanici Itemque Historica et Philologica Argumenta Explicantur, Sumtibus Iohannis Georgii Lochner, Norimbergae, 1747.*

HEYDENREICH, KARL HEINRICH (1764/1801)

- *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien, 2^a parte, bey Johann Gottlob Feind, Leipzig, 1795.*

Historia Augusta, vols. I e II, Loeb Classic Library, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1921 e 1924.

HOCHMANN, JOHANN (1528/1603)/ABENBERG, HIERONYMUS VON (†1607)

- *Disputatio de Locatione et Conductione, cum praesidio Iohannis Hochmanni, Hieronymus de Abenberg Francus (candidato), Excudebat Georgius Gruppenbachius, Tubingae, 1581.*

HOHEISEL, DANIEL FRIEDRICH (1698/1732)

- *Dan. Frideric. Hoheiselii, Decisio Quaestionis Inter DD. Agitatissimae: Utrum Successor Singularis, Expellere Queat Conductorem? Vulgo: Ob Kauf Miethe breche? Qua, Evitandarvm Omnium Litium Ergo, Novus Aliquis Contractus, Locatores Inter et Conductores Celebrandus, Commendatur, editio nova, Impensis Ioan. Friderici Grunerti, Acad. et Senat. Typogr., Halae Madeburgicae, 1735.*

HOLOANDER, GREGOR (1501/1531) (ed.)

- *Digestorum seu Pandectarum*, I, Norembergae, 1529.

HOLZSCHUHER, RUDOLPH VON (1777/1861)

- *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, vols. II e III, 3ª edição por JOHANNES EMIL KUNTZE, Baumgärtner Buchhandlung, Leipzig, 1864.

HOMEYER, CARL GUSTAV

- *Des Sachsenspiegels zweiter Theil, Nebst den verwandten rechtsbüchern. Erster Band, das sächsische Lehnrecht und der Richtsteig Lehnrechts*, bei Ferdinand Dümmler, Berlim, 1842.

- *Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis*, Druck und Verlag von Georg Reimer, Berlim, 1857.

HÖPFNER, LUDWIG JULIUS FRIEDRICH (1743/1797)

- *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*, 5ª edição, bei Johann Christian Krieger dem jüngern, Gießen, 1790.

- *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, 7ª edição por ADOLPH DIETRICH WEBER, Varrentrapp & Wenner, Frankfurt am Main, 1803.

HOPPE, JOACHIM (1656/1712)

- *Examen Institutionum Imperialium*, Impensis Ioh. Christiani Kleyb, Francofurti ad Viadrum, 1750.

HORN, CASPAR HEINRICH (1657/1718)

- *Casparis Henrici Hornii, Consultationum, Responsorum ac Sententiarum, Liber Unus, In XVI Classes Distributus*, Sumptibus Johannis Christophori Zimmermanni & Johannis Nicholai Gerlachii, Dresdae & Lipsiae, 1726.

HOSTIENSE (HENRIQUE DE SUSA – 1200/1271)

- *Lectura Sive Apparatus Domini Hostiensis Super Quinque Libris Decretalium*, I, Johannes Schottus, Argentine, 1512.

- *Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis, Summa Aurea*, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, Augustae Taurinorum, 1579.

HOTMAN, FRANÇOIS (1524/1590)

- *Franc. Hotmani, Epitomatorum in Pandectas, Libri XXII*, in *Operum, Tomus Primus*, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, & Iacobi Stoer, Lugduni, 1599.

- *Franc. Hotmani, Commentarius de Verbis Iuris*, in *Operum, Tomi Primi Pars Altera*, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, & Iacobi Stoer, Lugduni, 1599.

- *Franc. Hotmani, In Quattuor Institutionum Iuris Civilis Libros Commentarii*, in *Operum, Tomus Secundus*, Sumptib. Haered. Eust. Vignon, & Iacobi Stoer, Lugduni, 1599.

HUBERO, ULRICO (HULRIK HUBER – 1636/1694)

- *Ulrici Huberi, Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani Tomi Tres, Tomus I*, Apud Viarchi et Grazzini Editores, Maceratae, 1838.

- *Ulrici Huberi, Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani Tomi Tres, Tomus II*, Apud Aloysium Viarchum Editorem, Maceratae, 1838.

HUFELAND, GOTTLIEB (1760/1817))

- *Lehrsätze des Naturrechts unde der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen*, 2^a edição, Frankfurt/Leipzig, 1795.

HUGO, GUSTAV (1764/1844)

- *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, 4^a edição, bey August Mylius, Berlim, 1819.

- *Lehrbuch eines civilistischen Coursus*, vol. I, 7^a edição, bey August Mylius, Berlim, 1823.

- *Lehrbuch eines civilistischen Coursus*, vol. I, 8^a edição, bey August Mylius, Berlim, 1835.

Hugolinus, in “*Dissensiones Dominorum Sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores Vocantur*”, edidit et adnotationibus illustravit GUSTAVUS HAENEL, Sumtibus I. C. Hinrichsii, Lipsiae, 1834.

IMBERT, JEAN (ca. 1522/década de 90 do século XVI)

- *Enchiridion ou Brief Recueil du Droict Escrit, Gardé et Observé, ou Abrogé en France*, reveu, corrigé, augmenté et additionné para P. GUÉNOIS, Chez la Vesue Guillaume Chaudiere, Paris, 1605.

Index Omnium Materiarum, Quae in Patavino Statuto Continentur, Alphabetico Ordine Digestus, Apud Cominium de Tridino Montisferrati, Venetiis, 1556.

INOCÊNCIO IV (SINIBALDO FIESCHI – ca.1195/1254)

- *Inocentii Quarti Pont. Maximi, Super Libros Quinque Decretalium*, Sigismundus Feirabendt, Francofurti ad Moenum, 1570.

Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori, instruxit E. C. FERRINI, accedit epistula C. E. ZACHARIAE A LINGENTHAL, Apud S. Calvary eiusque socios, Berolini, 1884.

Iustiniani Digesta (recognovit THEODORUS MOMMSEN, retractavit PAULUS KRUEGER; in “Corpus Iuris Civilis”, vol. I, Berolini apud Weidmannos, 1954).

Iustiniani Institutiones (recognovit PAULUS KRUEGER; in “Corpus Iuris Civilis”, vol. I, Berolini apud Weidmannos, 1954).

Iustiniani Novellae (recognovit RUDOLFUS SCHOELL opus SCHOELLII morte interceptum absolvit GUILELMUS KROLL; in “Corpus Iuris Civilis”, vol. III, Berolini apud Weidmannos, 1954).

ISIDORO DE SEVILHA, Sto. (c.560/636)

- *Isidori Hispalensis episcopi etymologiarum sive originvm libri XX*, Recognovit brevique adnotatione critica instruxit W. M. LINDSAY, Tomus I, E typographeo Clarendoniano, Oxonii, 1911.

ITTIG, GOTTFRIED NICOLAUS (1645/1710)/**SCHILLING, JOHANN CHRISTOPH**

- *Disputatio Juridica De Expulsione Conductoris Ante Tempus*, praeside Gothofr. Nicolao Ittigio, publico examini subjiciet Joh. Christophorus Schilling, Excudebat Christian Scholvien, Lippiae, 1680.

JACOBI, LEONARD (1832/1900)

- *Immobiliar-Miethen und -Pacht: im System des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, in “Archiv für bürgerliches Recht”, 1889.

JACOBI, PIERRE (séculos XIII/XIV)

- *Petri Iacobi, Aurea Practica Libellorum*, Apud Gervinum Calenium, & haeredes Quentelios, Coloniae Agrippinae, 1575.

JACOBO DE ARENA (GIACOMO DE ARENA – †c.1296)

- *Iacobus de Arena, Commentarii in Universum Ius Civile*, 1541 (“Opera Iuridica Rariora”, XVI, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1971).

JASÃO DE MAYNO (GIASONE DEL MAINO – 1435/1519)

- *Iasonis Mayni, Consiliorum Sive Responsorum, Volumen Primum*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis, 1581.

- *Iasonis Mayni, In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni, 1582.

- *Iasonis Mayni, In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni, 1582.

JHERING, RUDOLF VON (1819/1892)

- *L'Esprit du Droit Romain dans les Diverses Phases de son Développement*, vol. IV, tradução da 3ª edição alemã de *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. III, por O. DE MEULENAERE, 2ª edição, A. Marescq, Aîné Éditeur, Paris, 1880.

- *Actio Injuriarum: des Lésions Injurieuses en Droit Romain (et en Droit Français)*, tradução e anotação de *Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen* (in “Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts”, 1885) por O. DE MEULENAERE, Librairie A. Marescq, Paris, 1888.

- *Du Rôle de la Volonté dans la Possession. Critique de la Méthode Juridique Régnante (Études Complémentaires de l' Esprit du Droit Romain – III)*, tradução de *Der Besitzwille* por O. DE MEULENAERE, Librairie A. Marescq, Paris, 1891.

- *Der Zweck im Recht*, vol. II, 2ª edição, Druck und Verlag Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1886.

- *Der Zweck im Recht*, vol. I, 3ª edição, Druck und Verlag Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1893.

JOHOW, REINHOLD (1823/1904)

- *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Vorlage des Redaktors R. Johow, Hierzu Begründung in drei Bänden e Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht, Begründung, Vorlage des Redaktors R. Johow*, vol. I, Gedruckt in Reichsdruckerei, Berlim, 1880, in WERNER SCHUBERT, “Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht”, vol. 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1982.

Jornal de Coimbra, vol. IX, 1816, Parte II.

JOUANNEAU/SOLON (séculos XVIII/XIX)

- *Discussions du Code Civil dans Le Conseil d'État: Précédées des Articles Correspondans du Texte et du Projet*, Tome II, Chez Demonville, Imprimeur-Libraire, Paris, An XIII, 1805.

JULIEN, JEAN-JOSEPH (1704/1789)

- *Éléments de Jurisprudence Selon les Loix Romaines et celles du Royaume*, Chez Antoine David, Aix, 1785.

KANT, IMMANUEL (1724/1804)

- *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797.

- *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1798.

- *Blomberg Logik*, in “Kant’s gesammelte Schriften”, herausgeben von der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, vol. XXIV, Walter de Gruyter, Berlin, 1966.

KLING, MELCHIOR (1504/1571)

- *Melchioris Kling, Enarrationes in Quatuor Institutionum Libros*, Apud Paulum Mirallietum, Lugduni, 1546.

KOCH, C. F. (1798/1872)

- *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte*, vol. 3-2, 2ª edição, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1859.

- *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen*, I.1, 5ª edição, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1870.

- *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen*, I.2, 4ª edição, Verlag von J. Guttentag, Berlin, 1870.

KRAINZ, JOSEF (1821/1875)

- *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I, Der allgemeine Theil und das Sachenrecht*, 3ª edição, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1889.

KREITTMAYR, WIGULÄUS XAVERIUS ALOYSIUS (1705/1790)

- *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Zweyter Theil*, Gedruckt und verlegt bey Johann Jacob Vötter, München, 1761.

- *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, Vierter Theil*, Gedruckt und verlegt bey Johann Jacob Vötter, München, 1765.

KURZ, HEINRICH KARL

- *Das Churfürstlich Mainz’sche Land-Recht vom Jahre 1755*, Wailandt, Aschaffenburg, 1866.

LA MANTIA, VITO

- *Consuetudini della Città di Messina*, Libreria Alberto Reber, Palermo, 1897.

LAGUS, KONRAD (1500/1546)

- *Conradi Lagi, Methodica Iuris Utriusque Traditio*, Apud Ant. Gryphium, Lugduni, 1592.

LAMPE, HEINRICH (1773/1825)

- *Henricus Lampe, Dissertatio Inauguralis De Vi et Efficacia Cautelarum Pro Tuendo Iure Conductoris Adversus Emtorem Rei Locatae Expellentem*, Typis Io. Chr. Dieterich, Goettingae, 1795.

LANGE, FRANÇOIS (1610/1684)

- *La Nouvelle Pratique Civile, Criminelle et Bénéficiale ou le Nouveau Praticien François, Reformé Suivant les Nouvelles Ordonnances*, Tome Premier, 12^a édition, Chez Theodore Le Gras, Paris, 1719.

LASSBERG, FRIEDRICH LEONHARD ANTON

- *Der Schwabenspiegel oder Schwäbisches Land- und Lehen-Rechtbuch, nach einer Handschrift vom Jahr 1287*, Ludwig Friedrich Fues, Tübingen, 1840.

LAURENT, F. (FRANÇOIS LAURENT – 1810/1887)

- *Principes de Droit Civil Français*, Tome 25, A. Durand & Pedone Lauriel/Bruylant- Christophe & Comp., Paris/Bruxelas, 1877.

- *Principes de Droit Civil*, Tome 32, 4^a edição, Bruylant-Christophe & Comp./ Librairie A. Maresq, Bruxelles/Paris, 1887.

LAUTERBACH, WOLFGANG ADAM (1618/1678)

- *Collegi Theorico-Practici, Pars Prima*, editio tertia, Sumptibus Johannis Georgii Cottae, Tubingae, 1714.

- *Collegi Theorico-Practici, Pars Tertia*, editio secunda, Sumptibus Johannis Georgii Cottae, Tubingae, 1715.

LE CLERCQ, O. (OLIVIER LE CLERCQ)

- *Le Droit Romain Dans Ses Rapports Avec le Droit Français et les Principes des Deux Legislations*, Tome VI, Chez Duvisviev, Imprimeur-Librairie, Liège, 1811.

LEEUVEN, SIMON VAN (1626/1682)

- *Simone van Leeuwen, Censura Forensis Theoretico-Practica*, Ex Officina Petri Leffen, & Francisci Moyardi, Lugduni Batavorum, 1662.

- *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, translated from the Dutch, Printed by A. Strahan, London, 1820 (tradução inglesa de *Het Rooms-Hollands-Regt*, de 1664).

LEIBNIZ, GOTTFRIED WILHELM (1646/1716)

- *Gothofredi Guillelmi Leibnitii, Ratio Corporis Iuris Reconcinnandi*, in “Operum”, Tomi Quarti Pars Tertia, continens opuscula ad jurisprudentiam pertinentia, Apud Fratres de Tournes, Genevae, 1768.

- *Gothofredi Guillelmi Leibnitii, XV Epistolae ad Henricum Ernestum Kestnerum Juris in Academia Rinthelensi Professore*, in “Operum”, Tomi Quarti Pars Tertia, continens opuscula ad jurisprudentiam pertinentia, Apud Fratres de Tournes, Genevae, 1768.

- *Initium Institutionem Juris Perpetui*, in GEORG MOLLAT, *Mittheilungen aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Verlag von H. Haessel, Leipzig, 1893.

- *Textes Inédits d’Après les Manuscrits de la Bibliothèque Provinciale de Hanovre*, publicado e anotado por GASTON GRUA, vol. II, Presses Universitaires de France, Paris, 1948.

- *Sämtliche Schriften und Briefe*, Herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Zweite Reihe, *Philosophischer Briefwechsel*, Erster Band (1663-1685), Herausgegeben von der Leibniz-Forschungsstelle der Universität Münster, 2ª edição, Akademie Verlag, 2006.

Lex Romana Visigothorum, instruxit GUSTAVUS HAENEL, editio post Sichardum prima, sumptibus et typis B. G. Teubneri, Lipsiae, 1849.

LEYSER, AUGUSTIN (1683/1752)

- *Augustini Leyseri, Meditationes ad Pandectas, Volumina II et IV*, editio tertia, Apud Joh. Christophorum Meisnerum, Lipsiae et Guerlpherbyti, 1743.

- *Augustini Leyseri, Meditationes ad Pandectas, Volumen VII*, editio tertia, Apud Joh. Christophorum Meisnerum, Lipsiae et Guerlpherbyti, 1744.

LIMA, AMARO LUÍS DE

- *Mauri Ludovici de Lima, Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae in quibus dilucidè singulae leges explanantur, secundum juris, ac praxis in utroque foro laico, & ecclesiastico theoricam, continuando, scilicet ex lib. 4. tit. 36 ad perficiendum opus Commentariorum ab Emmanuele Gonçalves da Silva editorum usque ad tit. 79. lib. 4*, editio prima, Typis Patriarchalibus Francisci Ludovici Ameno, Olisipone, 1761.

LINGENTHAL, ZACHARIÄ VON (1769/1843)/CROME, CARL (1859/1931)

- *Handbuch des französischen Civilrechts*, vols. 1 e 2, 8ª edição, Ernest Mohr's Verlag, Freiburg im Breisgau, 1894.

Lo Codi, Eine Summa Codicis in Provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII Jahrhunderts, herausgegeben von HERMANN FITTING/HERMANN SUCHIER, Erster Teil, Lo Codi, in der lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus, Verlag von Max Niemeyer, Halle, 1906.

LOBÃO (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA – 1744/1817)

- *Tractado Historico, Encyclopedico, Critico, Pratico, Sobre Todos os Direitos Relativos a Cazas, Quanto ás Materias Civis e Criminais*, Impressão Régia, Lisboa, 1817.

- *Dissertação IV. Analyse da Ord. liv. t. tit. 9.*, in “Fasciculo de Dissertações Juridico-Praticas”, tomo II, na Impressão Régia, Lisboa, 1825.

- *Tratado Encyclopedico Compendiario, Pratico e Systematico dos Interdictos e Remedios Possessorios Geraes e Especiaes Conforme o Direito Romano, Patrio e Uso das Nações*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1867.

LÓPEZ, GREGORIO (1496/1560)

- *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez*, Partida Tercera, por el D. Joseph Berni et Català, Imprensa de Benito Monfort, Valencia, 1767.

- *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez, Partida Quinta, por el D. Joseph Berni et Català, Imprensa de Benito Monfort, Valencia, 1767.*

LORiot, PIERRE (†1573)

- *Petri Lorioti, Ad Secundam FF. Veteris Partem Commentaria, Apud Antonium Vicentium, Lugduni, 1557.*

LOYSEL, ANTOINE (1536/1617)

- *Institutes Coutumières, Tome I, nouvelle édition revue, corrigée et augmentée, Videcoq Père et Fils/Durand Libraire, Paris, 1846.*

LUDEWIG, JOHANN CHRISTOPH (1738/)

- *Joannes Christophorus Ludewig, Dissertatio Inauguralis Juridica, de Emtore Non Stante Locationi Antecessoris, Ex Officina Schultziana, Curante F. A. Rosenbusch, Gottingae, 1762.*

LUDOVICI, JAKOB FRIEDRICH (1671/1723)

- *Jacobi Friederici Ludovici, Usus Practicus Distinctionum Iuridicarum Juxta Ordinem Digestorum Adornatus, Pars II, editio tertia, Sumptibus Orphanotropei, Halae Magdeburg., 1717.*

- *Iac. Frider. Ludovici, Doctrina Pandectarum, Editio XI, Impensis Orphanotropei, Halae Magdeburgicae, 1760.*

LUDWELL, WILHELM (1589/1663)

- *Wilhelmi Ludwel, Commentarii in Imperatoris Justiniani Institutionum Libros Quator, editio secunda, Typis et Sumptibus Georgi Hagen, Altdorphi Noricorum, 1662.*

LYNCKER, NICHOLAUS CHRISTOPH VON (1643/1726)

- *Nicholai Christophori de Lyncker, Consilia Seu Responsa, Typis Jo. Dav. Wertheri, Jenae, 1704.*

LYNCKER, NICHOLAUS CHRISTOPH VON
(1643/1726)/**HEYDENREICH, LUDWIG HEINRICH** (1660/1724)

- *Dissertationem Inauguralem de Expulsione Conductoris, Si Pensionibus non Parverit*, praeside Nicolao Christophoro Lynckero, eruditorum examini sistet Ludovicus Henricus Heydenreich, Literis Nisianis, Jenae, 1687.

MACKELDEY, FERDINAND (1784/1834)

- *Lehrbuch des Römischen Rechts*, vol. II, *Besonderer Theil*, 14^a edição por JOHANN ADAM FRITZ, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Viena, 1863.

MANGILI, GIOVANNI ANTONIO (século XVII)

- *Ioan. Anton. Mangilli, Tractatus de Evictionibus*, Sumptibus & Typis Samuelis Chouët, Coloniae Allobrogum, 1668.

MANTICA, FRANCESCO (1534/1614)

- *Francisci Manticae, Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus*, in *Libros XXVII Dispertitae, Tomus Primus*, Sumptibus Leonardo Chouët, Genevae, 1681.

- *Francisci Manticae, Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus*, in *Libros XXVII Dispertitae, Tomus Secundus*, Sumptibus Leonardo Chouët, Genevae, 1681.

MANZANO, FRANCISCO RAMOS DEL (1604/1683)

- *Francisci Ramos del Manzano, Ad Titulum Dig. De Adquirenda, Vel Amittenda Possessione, Recitationes Novantiquae*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Septimus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1752.

MARCADÉ, V. (VICTOR NAPOLÉON MARCADÉ – 1810/1854)

- *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*, Tome VI, 7^a edição, Delamotte et Fils, Éditeurs, Paris, 1875.

MAREZOLL, THEODOR (1794/1873)

- *Lehrbuch des Naturrechts*, Bei Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1819.

- *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes*, 11^a edição por TH. SCHIRMER, Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1881.

MARCIAL

- *Epigrammata Selecta – Select Epigrams from Martial*, with English Notes by F. A. PALEY and W. H. STONE, Whittaker and Co., 1868.

MARTINI, KARL ANTON VON (1726/1800)

- *Caroli Antonii de Martini, De Lege Naturalis Positiones*, Typis Ioann. Thom. nobilis de Trattnern, sac. caes. reg. aulae typogr. et bibliop., Viennae, 1778.

MATTHIAE, DIETRICH WILHELM (1660/)/**BEERMANN, HEINRICH WERNER** (1675/)

- *Dissertatio Inauguralis de Jure Expellendi Conductorem Ante Tempus*, sub directione & praesidio Dieterici Wilhelmi Matthiae, publicae ac solenni eruditorum disquisitioni submittit Henricus Wernerus Beermann, Literis Groschianis, Erfurti, 1693.

MEIER, JUSTUS (1566/1622)

- *Justi Mejeri, Collegium Iuridicum Argentoratense*, Sumptibus Lazari Zetzneri, Argentorati, 1616.

- *Justi Meieri, Collegium Argentoratense, Tomus Tertius*, Sumptibus Eberhardi Zetzneri, Argentorati, 1657.

MEILINGER, ANDREAS FLORIAN (1763/1837)

- *Grundriß der Moralphilosophie und des Naturrechts*, Im königlichen Central-Schulbücher-Verlage, Munique, 1827.

MENCKEN, GOTTFRIED LUDWIG (1712/1762)/**VARNESE, IGNAZ HIERONYMUS**

- *Dissertatio Inauguralis De Iure Expellendi Colonum ob Supervenientem Necessitatem*, sub praesidio Godoffredi Ludovici Mencken, publice defendet auctor Ignatius Hieronymus Verneseus, Literis Pauli Dieterici Schnorrii Acad. Typogr., Helmstadii, 1751.

MENOCCHIO, GIACOMO (1532/1607)

- *Iacobi Menochii, De Adipiscenda, Retinenda, et Recuperanda Possessione, Doctissima Commentaria*, Apud Ioan. de Tournes, & Iac. de la Pierre, Coloniae Agrippinae, 1629.

- *Jacobi Menochii, Consiliorum Sive Responsorum, Tomus Primus*, Sumptibus Jacobi Godofredi Seyler, Francofurti ad Moenum, 1676.

MERENDA, ANTONIO (1578/1655)

- *Antonii Merendae, Controversiarum Iuris, Volumen Tertium*, Excudebat Ioannes Andreas Magrius, Ticini Regii, 1639.

- *Antonii Merendae, Controversiarum Iuris, Volumen Quartum*, Excudebat Io. Andreas Magrius, Ticinum Regium, 1647.

MÉRILLE, EDMOND (1579/1647)

- *Emundi Merilii, In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarii*, Apud Joannem Broedelet, Trajecti ad Rhenum, 1739

MERLIN (PHILLIPE-ANTOINE MERLIN DE DOUAI – 1754/1838)

- *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*, Tomo XIV, Garnery, Librairie/J. P. Roret, Librairie, 5ª edição, Paris, 1827.

- *Recueil Alfabétique de Questions de Droit*, 4ª edição, Tomo II, H.Tarlier, Librairie – Éditeur, Bruxelles, 1828.

MEVIUS, DAVID (1609/1670)

- *Davide Mevio, Commentarii in Jus Lubecense Libri Quinque*, quarta editio, Sumptibus Joachimi Wildii, Francofurti et Lipsiae, 1700.

- *Davidis Mevii, Decisiones Super Causis Praecipuis ad Summum Tribunal Regium Vismariense Delatis*, Ex Officina Zunneriana, Francofurti ad Moenum, 1726.

MINDANO, FRIDERO (PETER FRIDER [MINDANUS] – 1560/1616)

- *Petri Frideri, Mindani, Commentarius Synopticus de Materia Possessionis, ad Titulum de Acquirenda vel Amittenda Possessione*, Typis & Impensis Nicolai Ludovici Winckleri, Wetzlariae, 1731.

- *Petri Frideri, Mindani, Commentarii Theorico-Practici de Interdictis*, Typis & Impensis Nicolai Ludovici Winckleri, Wetzlariae, 1731.

MOLIGNATO, GIOVANNI PIETRO (século XVI)

- *Johannis Petri Mollignati, Tractatus de Retentione*, Apud Johannem Danielem Tauber, Norimbergae, 1709.

MOLINA, LUIS DE (1535/1600)

- *De Justitia et De Jure, Opera Omnia*, Tomus Secundus, *De Contractibus*, Marci-Michaelis Bousquet, Coloniae Allobrogum, 1733.

MOMMSEN, FRIEDRICH (1818/1892)

- *Die Lehre von der Mora*, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), Braunschweig, 1855.

MOREIRA, GUILHERME ALVES (1861/1922)

- *Instituições do Direito Civil Português*, Tomo 3, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1907.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, edição oficial, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin/Leipzig, 1888.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, vol. III, *Sachenrecht*, edição oficial, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin/Leipzig, 1888.

MUGDAN, BENNO (1851/1928) (org.)

- *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. III, *Sachenrecht*, R. v. Decker's Verlag, Berlin, 1899.

MÜHLENBRUCH, CHRISTIAN FRIEDRICH (1785/1843)

- *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 3ª edição, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), Halle, 1840.

NEGUSANTI, ANTONIO (1465/1528)

- *Antonii Negusantii, Tractatus de Pignoribus et Hypothecis*, editio quarta, Apud Constantinum München, Coloniae Agrippinae, 1656.

NEVIZANO, GIOVANNI (século XV/1540)

- *Ioannis de Nevizanis, Consilia Sive Responsa*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1573.

NIEUSTADT, CORNELIS VAN (1549/1506)

- *Cornelio Neostadio, Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones*, Apud Joannem & Danielem Steuckerios, Hagae-Comitis, 1667.

NOODT, GERHARD (1647/1725)

- *Gerardi Noodt, Operum Omnium, Tomus II – Commentarium in D. Justiniani, Sacratissimo Principis, Libros XXVII Digestorum Sive Pandectarum*, Apud Johannem Vander Linden, Juniorem, 1724.

Nuova Collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli, Tomo XII, Nella Stamperia Simoniana, Napoli, 1805.

Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum, Oder Neue Sammlung Königl. Preußl. und Churfürstl. Brandenburgischer, sonderlich in der Chur- und Marck-Brandenburg, Wie auch andern Provintzien, publicirten und ergangenen Ordnungen, Edicten, Mandaten, Rescripten, &c &c &c, von 1761, 1762, 1763, 1764 und 1765, Dritte Band, Berlim, 1766.

ODOFREDO (início do século XIII/1265)

- *Odofredi, Lectura Super Digesto Veteri I*, Lugduni, 1550 (“Opera Iuridica Rariora”, II.1, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1967).

- *Odofredi, In Secundam Digesti Veteris Partem Praelectiones (quae Lecturae appellantur)*, Lugduni, 1552 (*Lectura Super Digesto Veteri II*, “Opera Iuridica Rariora”, II.2, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968).

- *Odofredi, Praelectiones in Postremum Pandectarum Iustiniani Tomum, vulgum Digestum Novum*, Lugduni, 1552 (*Lectura Super Digesto Novo*, “Opera Iuridica Rariora”, IV, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968).

- *Odofredi, Lectura Super Codice I*, Lugduni, 1552 (“Opera Iuridica Rariora”, V1, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968).

- *Odofredi, Lectura Super Codice II*, Lugduni, 1552 (“Opera Iuridica Rariora”, V2, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1968).

OLDENDORPIO, JOÃO (JOHANN OLDENDORP – 1480 ou 1488/1567)

- *Ioannis Oldendorpii, Actionum Forensium Progymnasmata, Secundus Tomus Operum*, Basileae, 1559.

- *Ioannem Oldendorpium, Antinomiae de Diversis Regulis Iuris Antiqui, Nova Antinomialum Explicatio*, Apud Haeredes Christiani Egenolphi, Francofordiae, 1568.

Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V, Livro III, Na Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1792 (*Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte I, da Legislação Antiga*).

Ordenações do Senhor Rey D. Manuel, Livro III, Na Real Imprensa da Universidade, Coimbra, 1797 (*Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal. Parte I, da Legislação Antiga*).

Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d’ avril 1667, Chez André Giroud, Grenoble, 1761.

OTTO, EBERHARD (1685/1756)/ **DALMOLLE, HEINRICH**

- *Disputatio Iuridica De Iure Emtoris Expellendi Conductorem ad L. IX. C. de Locato & Conducto*, praeside Everardo Ottone, publicae defendam proponit Henricus Dalmolle, Typis Alexandri van Megen, Academie Typographi, Trajecti ad Rhenum, 1737.

PACIONI, PIETRO (século XVII)

- *Petri Pacioni, Tractatus de Locatione et Conductione*, Ex Typographia Balleoniana, Venetiis, 1721.

PAGENSTECHER, ALEXANDER ARNOLD (1659/1716)

- *Alexandri Arnoldi Pagenstecheri, Aphorismi Juris ad Institutiones Justinianeas*, editio quinta, Ex Officina Wetsteniana, Amstelaedami, 1705.

PAIVA, VICENTE FERRER NETO (1798/1886)

- *Curso de Direito Natural Segundo o Estado Actual da Sciencia Principalmente em Allemanha*, tomo II, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1856.

PANORMITANO (NICCOLÒ TEDESCHI – 1386/1445)

- *Abbatis Panormitani, Commentaria Primae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Apud Iuntas, Venetiis, 1591.

- *Abbatis Panormitani, Commentaria Secundae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Apud Iuntas, Venetiis, 1591.

- *Abbatis Panormitani, Commentaria in Tertium Decretalium Librum*, Apud Iuntas, Venetiis, 1617.

PANSEY, HENRION DE (1742/1829)

- *De la Compétence des Juges de Paix*, 6ª edição, Chez Théophile Barrois Père, Libraire, Paris, 1822.

PAPON, JEAN (1507/1590)

- *Recueil d'Arrests Notables des Cours Souveraines de France, Ordonnez par Titres en Vingt-Quatre Livres*, par JEAN CHENU, Chez Robert Fouët, Paris, 1610.

PAUCAPALEA (século XII)

- *Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani*, herausgegeben von JOH. FREIDRICH VON SCHULTE, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1890.

PEGAS, MANUEL ÁLVARES (1635/1696)

- *Emmanuelis Alvarez Pegas, Resolutiones Forenses Practicabiles, Pars Prima*,
Ex Typographia Michaelis Deslandes, Ulyssipone, 1682.

- *Emmanuelis Alvarez Pegas, Resolutiones Forenses Practicabiles, Pars Secunda*,
Ex Typographia Michaelis Deslandes, Ulyssipone, 1682.

PEREIRA, BENTO (1606/1681)

- *Benedictus Pereyra, Promptuarium Juridicum*, Ex Typographia Dominici
Carneiro, Ulyssipone, 1664.

PÉREZ, ANTONIO (1583/1672)

- *Ant. Perezi, Praelectiones in Codicem Justinianum*, Sumptibus Ant. Jacobi,
Ioh. Fred. Stammii & Gisberti Sigberti, Amstelodami, 1645.

- *Antoni Perezi, Commentarius in Quinque et Viginti Digestorum Libros*, Apud
Danielem Elzevirium, Amstelodami, 1669.

PERREAU, JEAN ANDRÉ (1749/1813)

- *Éléments de Législation Naturelle: Destinés à l'Usage des Élèves de l'École
Centrale du Panthéon*, Baudouin, imprimeur de l'Institut national des sciences & des
arts, Paris, 1801.

PFEIFER, KARL (1815/)

- *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz? Eine Abhandlung gerichtet
gegen die v. Savigny'sche Doktrin über das Recht des Besitzes*, Verlag der H.
Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen 1840.

PILLIO (1169/1207)

- *Pillei Modicensis, Quaestiones Aureae*, Romae, 1560.

PINAULT, MATHIEU (séculos XVII/XVIII)

- *Les Coutumes Générales de la Ville et Duché de Cambrai, Pays et Comté du
Cambrésis*, Chez M. Mairesse, Douay, 1691.

PINHEL, AIRES (1512/1562)

- *Arii Pineli, Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis Doctissimi Amplissimique Commentarii*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1618.

PLACENTINO (1130/1192)

- *Summa 'Cum essem Mantue' sive de accionum varietatibus*, herausgegeben von GUSTAV PESCATORE, Druck von Julius Abel, Greifswald, 1897.

PLUTARCO

- *Vitae*, Secundum Codices Parisinos Recognovit THEOD. DOEHNER. Graece et Latine Volumen Primum, Parisiis, 1857.

POLLET, JACQUES (séculos XVII/XVIII)

- *Arrests du Parlement de La Flandres*, Chez Lievin Danel, Lille, 1716.

POMMIERS, MATTHIEU AUROUX DES (1670/1742)

- *Coutumes Générales et Locales du Paÿs et Duché de Bourbonnais*, Partie I, Chez Le Breton Fils, Libraire, Paris, 1732.

PONTANO, GIOVANNI BATTISTA (séculos XVI/XVII)

- *Tractatus Absolutissimus de Spolio*, Sumptib. Viduae Joannis Schlebusch, Coloniae Agrippinae, 1727.

POSTIO, LODOVICO

- *Ludovici Postii, Tractatus Mandati de Manutendo, Sive Summariissimi Possessorii Interim*, Sumptibus Cramer & Perachon, Lugduni, 1717.

POTHIER, ROBERT JOSEPH (1699/1772)

- *Traité du Contrat de Louage*, in "Oeuvres de Pothier", annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome IV, Videcoq Père et Fils/Cosse et N. Delamotte, Paris, 1847.

- *Traité du Contrat de Vente*, in "Oeuvres de Pothier", annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome III, Cosse et N. Delamotte /Videcoq Père et Fils, Paris, 1847.

- *Traité des Obligations*, in “Oeuvres de Pothier”, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome II, Cosse et N. Delamotte /Videcoq Père et Fils, Paris, 1848.

- *Traité de la Possession*, in “Oeuvres de Pothier”, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome IX, 2^a edição, Cosse et Marchal/Henri Plon, Paris, 1861.

PROHET, CLAUDE IGNACE

- *Les Coutumes du Haut et Bas Pais d’Auvergne*, Chez Jean Baptiste Coignard, Paris, 1695.

PROUSTEAU, GUILLAUME (1626/1714)

- *Guillelmi Prosteau, Recitationes ad Leg. XXIII Contractus Dig. De Regulis Iuris*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Tertius*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1752.

PUCHTA, GEORG FRIEDRICH (1798/1846)

- *Lehrbuch der Pandekten*, 10^a edição por ADOLF FRIEDRICH RUDORFF, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1866.

PUFENDORF, SAMUEL (1632/1694)

- *Samuelis Pufendorf, Elementorum Jurisprudentiae Universalis*, editio novissima & emendatissima, Ex Officina Joann. Hayes, Celeberrimae Academiae Typographi, Cantabrigia, 1762.

PUFENDORF, SAMUEL (1632/1694)/BARBEYRAC, JEAN (1674/1744)

- *Les Devoirs de l’ Homme et du Citoyen Tels qu’il lui Son Prescrits par la Loi Naturelle*, traduit du latin par J. BARBEYRAC, avec tout ses notes, nouvelle édition, Tome Premier, Chez Delestre-Boulage, Paris, 1822.

Quinque Compilationes Antiquae, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, Graz, 1956.

QUISTORP, JOHANN CHRISTIAN (1737/1795)/WALTHER, HEINRICH JOHANNES

- *An et Quatenus Successores Locatoris Tam Universales, Quam Singulares, ex Locatione ab Ipso Celebrata Teneantur?, Dissertatio Iuridica*, praeside Iohann Christian Quistorpio, publice defendant Henricus Iohannes Walther, Litteris Adlerianis, Rostochii, 1766.

RACHEL, SAMUEL (1628/1691)

- *Samuelis Rachelii, Institutionum Jurisprudenticae Libri Quatuor, Jus Universale & Romanum certa Methodo*, Impensis Johannis Sebastiani Riechelli, Typis Joachimi Reumanni, Kiloni & Francofurti, 1681.

RANDA, ANTON (1834/1914)

- *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, 4ª edição, Verlag von Breitkopf u. Härtel, Leipzig, 1895.

RE, CAMILLO

- *Statuti della Città di Roma*, Tipografia della Pace, Roma, 1880.

Recensão a *Immanuel Kant's erläuternder Bemerkungen zu den Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in "Juristische Literatur-Zeitung", nº 10, November 1799.

Recueil van verscheyde keuren en costumen midtsgaders maniere van procederen binnen de stad Amsterdam, Voor Jan Hendricks, Boeck-verkooper op de Roüaensche Kay, Amsterdam, 1656.

"Recueil Sirey", 1820 I, 1871 I, 1885 I, 1887 I.

REIDENTITZ, DANIEL CHRISTOPH (1760/1842)

- *Naturrecht*, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1803.

REINOSO, MIGUEL DE (1563/1623)

- *Michaele de Reynoso, Observationes Practicae, in Quibus Multa Quae per Controvertiam in Forensibus Judiciis Adducuntur*, Josephus Ferreyra Typographus Conimbricensis, 1675.

REMER, CHRISTOPH ANDREAS (século XVII/1727-1729)

- *Christophoro Andrea Remero, Tractatus de Vero Ex Iure Romano Statui Germaniae Attemperato Obligationum Valore qui Naturam et Fundamenta Obligationis Juxta Juris Naturalis*, Apud Christian Liebezeit, Hamburgi, 1714.

RETES, JOSE FERNÁNDEZ DE (†1675)

- *Josephi Fernandez de Retes, Ad Titulum Dig. De Adquirenda Vel Amittenda Possessione, Praelectio Academica*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Septimus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1753.

- *Josephi Fernandez de Retes, De Interdictis et Remediis Possessorii, Scholastica Relectio, Dictata Anno MDCLX*, in *Gerardi Meerman, Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, Tomus Septimus*, Apud Petrum de Hondt, Hagae-Comitum, 1753.

RÉVIGNY, JACQUES DE (1235/1296)

- *Petri de Bella Perthica Lectura Super Codice* (“Opera Iuridica Rariora”, I, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Arnaldo Forni Editore, Bolonha, 1967).

RIBEIRA, MANUEL SOARES DA (século XVI)

- *Emanuele Soarez à Ribeira, Thesaurus Receptarum Sententiarum, Quas Vulgus Interpretum Communes Vocat*, Apud Ioannem Gymnicum sub Monocerote, Coloniae Agrippinae, 1593.

RIMINALDI, IPPOLITO (1520/1589)

- *Hippolyti Riminaldi, Consiliorum Seu Responsorum in Causis Gravissimis Redditorum, Liber VI*, cura, & aere Rulandiorum, Francofurti ad Moenum, 1609.

RITTERSHAUSEN, CONRAD (1560/1613)

- *Cunradi Rittershusii, Commentarius Novus in Quatuor Libros Institutionum Imperialium Divi Justiniani*, Sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, Argentorati, 1618.

- *Cunrado Rittershusio, Jus Justinianum, Hoc Est, Justiniani et Aliorum Quorundam Impp. Augg. Novellarum Mixtarum Expositio Methodica*, editio tertia, Sumptibus Georgii Andreae Dolphopffii & Johannis Eberhardi Zetzneri, Argentorati, 1669.

ROCHA, M. A. COELHO DA (1793/1850)

- *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, 3ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852.

- *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo II, 3ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852.

RÖDER, KARL DAVID AUGUST (1806/1879)

- *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Akademische Verlagshandlung von C. F. Winter, Heidelberg, 1846.

RODRIGUES, MANUEL (1889/1946)

- *A Posse: Estudo de Direito Civil Português*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1940.

ROFREDO DE BENEVENTO (1170/ca.1243)

- *Roffredo Beneventano, Aurea Methodus Practicarum Observationum Sive Tractatus Iudiciarii Ordinis*, Apud Michaellem Demenium, Coloniae Agrippinae, 1659.

ROLANDO (ROLANDO BANDINELLI [?] – 1100/1181)

- *Summa Magistri Rolandi. Mit Anhang Incerti Auctoris Quaestiones*, herausgegeben von FRIEDRICH THANER, Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, Innsbruck, 1874.

RÖSSLER, EMIL FRANZ

- *Die Stadtrechte von Brünn aus dem XIII. u. XIV. Jahrhundert, nach bisher ungedruckten Handschriften*, J. G. Calve'sche Buchhandlung, Praga, 1852.

RUFINO (†ca. 1192)

- *Summa Decretorum*, herausgegeben von HEINRICH SINGER, Neudruck der Ausgabe Paderborn 1902, Scientia Verlag, Aalen, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1963.

SANDE, JOHAN VAN DEN (1568/1638)

- *Ioanne a Sande, Decisiones Frisicae Sive Rerum in Suprema Frisiorum Curia Iudicatarum Libri V*, editio secunda, Leovardiae, 1639.

SANDEO, FELINO MARIA (1444/1503)

- *Felini Sandei, Commentaria in V Lib. Decretalium*, Pars Prima, Ex Officina Frobeniana, Basileae, 1567.

- *Felini Sandei, Commentariorum ad Quinque Libros Decretalium*, Pars Secunda, Venetiis, 1601.

SANGIORGIO, GIOVANNI ANTONIO (ca. 1439/1509)

- *Io. Antonii à S. Georgio, In Secundam Decretorum Partem Commentaria*, Apud Iuntas, Venetiis, 1579.

SAVELLI, MARCO ANTONIO (século XVII)

- *Marci Antonii Sabelli, Summa Diversorum Tractatum, Tomus Secundus*, Apud Paulum Balleonium, Venetiis, 1715.

- *Marci Antonii Sabelli, Summa Diversorum Tractatum, Tomus Quartus*, editio secunda parmensis, Apud Haeredes Pauli Monti, Parmae, 1733.

- *Marci Antonii Sabelli, Summa Diversorum Tractatum, Tomus Primus*, Ex Typografia Balleoniana, Venetiis, 1748.

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON (1779/1861)

- *System des heutigen Römischen Rechts*, 5, Veit und Comp., Berlin, 1841.

- *Das Recht des Besitzes*, 7ª edição por ADOLF FRIEDRICH RUDORFF, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Viena, 1865.

- *Anleitung zu Einem Eigenen Studium der Jurisprudenz (1802/1803, Nachschrift J. Grimm)*, in “Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842”, organização de ALDO MAZZACANE, 2ª edição, Vittorio Klostermann, 2004.

SCACCIA, SIGISMONDO (1564/1634)

- *Sigismundo Scacciae, Tractatus de Appellationibus in Duas Partes Divisus*, Sumptibus Willhelmi Metternich, Coloniae, 1717.

SCHAUMBURG, JOHANN GOTTFRIED (1703/1746)

- *Io. Gottfr. Schaumburg, Compendium Juris Digestorum cum Iure Codicis et Novellarum Nec Non Iure Patrio Collati ad Usus Modernum Accomodatum et Observationibus Practicis Multo Pluribus Illustratum*, editio secunda, Impens. Ioan. Adam Melchioris Viduae, Ienae, 1751.

- *Io. Gottfr. Schaumburg, Compendium Juris Digestorum cum Iure Codicis et Novellarum Nec Non Iure Patrio Collati ad Usus Modernum Accomodatum et Observationibus Practicis Multo Pluribus Illustratum, Pars Posterior*, editio secunda, Impens. Ioan. Adam Melchioris Viduae, Ienae, 1751.

SCHIERSCHMID, JOHANN JUSTIN (1707/1778)

- *Ioannis Iustini Schierschmidii, Elementa Juris Civilis ad Ductum Institutionum Justinianarum Methodo Scientifica Proposita*, Comissa Io. Andr. Bavero, Lipsiae & Hallae, 1735.

SCHIERSCHMID, JOHANN JUSTIN (1707/1778)/**SEYFFERHELD, JOHANN FRIEDRICH HEINRICH**

- *Dissertatio Epistolica: De Servitute Rerum Temporaria Locatione Conductione Constituta*, quam Io. Iustinvs Schierschmid moderatur eiusdem membro pereximio gratulabundus exhibuit Io. Frid. Henr. Seyfferheld, Literis Croekerianis, Ienae, Novembr. 1738.

SCHIFORDEGHER, KASPAR (também conhecido por **KASPAR SCHIEFERDECKER** – 1583/1631)

- *Gaspari Schifordegher, Ad Antonium Fabrum Iurisconsultum Sebusianum, Liber Primus, & Secundus. Opus Verae Iurisprudenciae, Per Varia Impedimenta, Nostro Seculo Eluctanti Subsidiarium*, Ex Officina Typographica Hieronymi Galleri, Oppenheimio, 1610.

SCHMID, KASPAR VON (1622/1693)

- *Casparo Schmid, Commentarii Ad Ius Municipale Bavaricum, a Titulo I. usque ad XX. inclusive, Tomus II*, Impensis Haeredum Joannis Hermanni de Gelden, Typis Sebastiani Rauch, Monachii, 1695.

SCHNEIDEWIN, JOHANN (1519/1568)

- *Johannis Schneidewini, In Quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani Libros, Commentarii*, Nona Editione, Sumptibus Georgii Andreae Dolhopffii, Argentorati et Francofurti, 1677.

SCHÖPFFER, JOHANN JOACHIM (1661/1719)

- *Johanni Joachimi Schoepfferi, Synopsis Juris Privati Romani et Forensis*, Sumptibus Joh. Conr. Peezii & Baderi, Ratisbonae, 1734.

SCHRADER, LUDOLF (1531/1589)

- *Ludolphi Schraderi, Commentarius de Contractibus, Naturam Omnem Rationemque Eorum Tam ad Forensem Quam Scholasticum Usus Luculenter*, Cura et sumptibus Henningi Grossii, Lipsiae, 1605.

- *Ludolphi Schraderi, Consiliorum Sive Responsorum Juris, Volumen Secundum*, Typis Tobiae Steinemanni, Jenae, 1609.

SCHWEPPE, ALBRECHT (1783/1829)

- *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, vol. I, 4ª edição, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1828.

SEABRA, ANTÓNIO LUIZ DE (1798/1895)

- *Codigo Civil Portuguez. Projecto*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1858.

- *Resposta do Auctor do Projecto do Codigo Civil ás Observações do Sr. Doutor Joaquim José Paes da Silva*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859.

SÉNECA

- *Libri De Beneficiis et De Clementia*, recensuit M.C. GERTZ, Berolini, 1876.

Sententiarum receptarum libri quinque qui vulgo Iulio Paulo adhuc tribuntur, in JOHANNES BAVIERA (ed.), “Fontes Iuris Romani Antejustiniani”, II, “Auctores”, Apud S.A.G. Barbèra, Florentiae, 1968.

SERPILLON, FRANÇOIS (1695/1772)

- *Code Civil ou Commentaire sur l’Ordonnance du Mois d’ Avril 1667*, Chez Pierre Merry Delaguette, Libraire Imprimeur, Paris, 1776.

SEUFFERT, JOHANN ADAM (1794/1857)

- *Praktisches Pandektenrecht*, vol. II, 3^a edição, Verlag des Stahel’schen Buchhandlung, Würzburg, 1852.

“Seuffert’s Archiv”, vols. 1 e 2 (contidos no vol. 1 da reimpressão de 1866), 12, 8, 19, 22, 24, 25, 26 e 28 (contidos no vol. 6 da reimpressão de 1872), 32, 37, 40.

SCHILTER, JOHANN (1632/1705)

- *Joh. Schilteri, Praxis Iuris Romani in Foro Germanico Juxta Ordinem Edicti Perpetui et Pandectarum Iustiniani, Tomus Tertius*, Apud Franciscum Varrentrapp, Francofurti ad Moenum, 1732.

SCHOTANUS, BERNHARD (1598/1652)

- *Bernhardi Schotani, Examen Juridicum, quo Fundamenta Jurisprudentialiae Secundum Seriem Digestorum*, Apud Joannem Janssonium, Amstelodami, 1646.

SCHULZE, GOTTLOB ERNST (1761/1833)

- *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerlichen und peinlichen Rechts*, bey Johann Friedrich Röwer, Göttingen, 1813.

SEIBERTZ, JOHANN SUIBERT

- *Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westfalen*, A. L. Ritter, Arnsberg, 1839.

SICHARDO (JOHANNES SICHARD – 1499/1552)

- *Ioannis Sichardi, Dictata et Praelectiones in Codicem Iustinianum, Tomus Primus*, Officina Paltheniana, Francofurti, 1598.

SILVA, ANTÓNIO DELGADO DA (1799/1850)

- *Collecção da Legislação Portuguesa Desde a Ultima Compilação das Ordenações, Legislação de 1763 a 1774*, Typografia Maignense, Lisboa, 1829.

SILVA, JOAQUIM JOSÉ PAES DA (1796/1874)

- *Observações Sobre o Projecto do Codigo Civil*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859.

SILVA, MANUEL GONÇALVES DA (†1748)

- *Emmanuelis Gonçalves da Sylva, Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, Tomus Secundus*, Ex Typographia Antonii Pedrozo Galram, Ulyssipone Occidentale, 1732.

- *Emmanuelis Gonçalves da Sylva, Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, Tomus Quartus*, Apud Haeredes Antonii Pedrozi Galram, Ulyssipone Occidentale, 1740.

SILVANO, LORENZO (século XVI)

- *Laurentii Sylvani, Consilia*, Apud Theobaldum Paganum, Lugduni, 1551.

SIMON, AUGUST HEINRICH (1805/1860)/**STRAMPFF, HEINRICH LEOPOLD VON** (1800/1879)

- *Materialien des allgemeinen Landrechts zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz, und von der Verjährung*, Nicholaischen Buchhandlung, Berlim, 1836.

SINTENIS, KARL FRIEDERICH FERDINAND (1804/1868)

- *Das Practische gemeine Civilrecht*, vols. I e II, 3ª edição, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1868.

SITHMANN, JOHANN (1602/1666)

- *Joan. Siethmanno, Nucleus Juris Civilis Ex Institutionum*, Typo & Sumtu Joan. Valentin Rheten, Stetini, 1650.

SOCINO, BARTOLOMEU (BARTOLOMEO SOCINI – 1436/1507)

- *Socinii, Super secunda Digesti veteris scripta (Eiusd. in I. et II. Digesti Novi)*, per Bernardinum Benalium, Venetiis, 1515.

- *Bartholomaei Socini, Tertia Pars Consiliorum Socini Senensis*, Jacobus Giunta, Lugduni, 1545.

- *Bartholomaei Socini, Consiliorum seu Potius Responsorum, Volumen Quartum*, Apud Franciscum Zilettum, Venetiis, 1579.

SORDI, GIOVANNI PIETRO (†1598)

- *Ioan. Petri Surdi, Consiliorum Sive Responsorum, Liber Primus*, Apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis, 1605.

- *Joanne Petro Surdo, Decisiones Sacri Mantuani Senatus*, Apud Viduam Antonii de Harsy, Lugduni, 1612.

- *Joan. Petri Surdi, Consiliorum Sive Responsorum, Liber Tertius*, Typis Wechelianiis, Sumptibus Clementis Schleichil, & Petri de Zetter, Francofurti ad Moenum, 1630.

SOUSA, JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E (1756/1819)

- *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil*, tomo IV, 4ª edição, Imprensa Nacional, Lisboa, 1834.

SOUSA, JOSÉ ROBERTO MONTEIRO DE CAMPOS COELHO E

- *Systema, ou Collecção dos Regimentos Reaes*, tomo IV, na Officina de Simão Thaddeo Ferreira, Lisboa, 1785.

STABENOW, HEINRICH VON/PRAG, JOHANNES VON

- *Disputatio XVI. de Emptione, Venditione, Locatione, Conductione, et Emphyteusi*, sub praesidio Henrici à Stabenaw, exercitationes gratia tuebitur Iohann. von Prag, Imprimebat Tobias Steinman, Ienae, 1599.

Statuta Civilia Civitatis Bononiae, Ioannes Baptista Phaellus, Bononiae, 1532.

Statuta Civitatis Cenetae Recentioribus Sanctionibus Adiectis, Ex Typographia Ducali Pinelliana, 1772.

Statuta Civitatis Feltriae, Ioan. Gryphius Excudebat, Venetiis, 1551.

Statuta Civitatis Tridenti, reimpress., Apud Joannem Paronum Impressorem Episcopalem, Tridenti, 1707.

Statuta Communitatis Cadubrii cum Additionibus Noviter Impressa, per Ioannem Patavinum, Venetiis, 1545.

Statuta Sive Constitutiones Civitatis Setiae, apud Antonium Bladum Asulanum, Romae, 1547.

Statutorum Magnificae Civitatis Belluni Libri Quatuor, Apud Leonardum Tivanum, Venetiis, 1747.

Statutorum Magnificae Civitatis Veronae Libri Quinque, Tomus Primus, Apud Leonardum Tivanum, Sumptibus Societatis, Venetiis, 1747.

STEPHANI, MATTHIAS (1576/1646)

- *Matthiae Stephani, Commentarius in Novellas Constitutiones Iustiniani Imperatoris*, Typis haeredum Johannis Albini, Impensis Michaëlis Koep, Gryphiswaldi, 1630.

STRUVIO (GEORG ADAM STRUVE – 1619/1692)/**MÜLLER, PETER** (1640/1696)

- *Georgii Adami Struvii, Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum, Pars Tertia, Libro XII. usque ad lib. XX. exclusive*, cum additionibus PETRI MÜLLERI, editio tertia, Typis Johannis Benjam. Andreae, Francofurti & Lipsiae, 1738.

- *Georgii Adami Struvii, Syntagmatis Juris Civilis, Pars Tertia et Ultima, a Libro ff. 39. usque ad finem*, cum additionibus PETRI MÜLLERI, editio tertia, Typis Johannis Benjam. Andreae, Francofurti & Lipsiae, 1738.

STRYK, SAMUEL (1640/1710)

- *Samuele Strykio, Praelectiones Viadrinae de Cautelis Contractuum Necessariis*, Impensis Jeremiae Schrey & Heredum Henr. John. Meyeri, Francofurti & Lipsiae, 1694.

- *Samuelis Strykii, Annotationes ad W. A. Lauterbachii Jcti Celeberrimi Compendium Digestorum*, Sumpt. Joh. Ludovici Gleditsch, Lipsiae, 1708.

- *Samuelis Strykii, Continuatio Usus Moderni Pandectarum, a Libro VI. usque ad XII.*, editio VI, in Bibliopolio Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1729.

- *Samuelis Strykii, Specimen Usus Moderni Pandectarum, Ad Libros V. Priores*, editio VII, Sumtibus Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1730.

- *Samuelis Strykii, Usus Moderni Pandectarum, a Libro XIII. Usque ad XXII*, editio septima, Prostat in Bibliopolio Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1745.

Summa Trecensis – Summa Codicis des Irnerius, mit einer Einleitung, herausgegeben von HERMANN FITTING, J. Guttentag, Berlim, 1894.

SVAREZ, CARL GOTTLIEB (1746/1798)

- *Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts*, in “Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung”, vol. 41, 81/82, 1833.

TARLAZZI, ANTONIO

- *Statuti del Comune di Ravenna (Dei Monumenti Istorici Pertinenti alle Provincie della Romagna, Serie Prima, Statuti)*, Tipografia Calderini, Ravenna, 1886.

TARTAGNA, ALEXANDRE (ALESSANDRO TARTAGNI – 1423-24/1477)

- *Alexandri Tartagni, Commentaria in I. & II. Digesti Novi Partem*, Apud Iuntas, Venetiis, 1595.

- *Alexandri Tartagni, Consiliorum Seu Responsorum, Liber Tertius*, Apud Haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610.

- *Alexandri Tartagni, Consiliorum Seu Responsorum, Liber Quintus*, Apud Haeredes Alexandri Paganini, Venetiis, 1610.

- *Alexandri Tartagni, Commentaria in I. & II. Infort. Partem*, Apud Iuntas, Venetiis, 1620.

TAVARES, JOSÉ (1873/1938)

- *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922.

TELLES, JOSÉ HOMEM CORRÊA (1780/1849)

- *Commentario Critico á Lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769* (1824), in CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, “Auxiliar Jurídico – Apêndice às Ordenações Filipinas”, Vol. II, reprodução «fac-simile» da edição feita por CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.

- *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar, e de a Transferir por Derradeira Vontade; Para Servir de Subsidio ao Novo Codigo Civil*, tomo III, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1836.

- *Doutrina das Acções Accommodada ao Foro de Portugal*, 5ª edição, em casa de J. Augusto Orcel, Coimbra, 1869.

TEUTÓNICO, JOÃO (JOHANNES TEUTONICUS ZEMEKE – †1245)

- *Corpus Juris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. I, *Decretum Gratiani, Emmendatum et Notationibus Illustratum Unà cum Glossis*, In Aedibus Populi Romani, Romae, 1582.

THIBAUT, ANTON FRIEDRICH JUSTUS (1772/1840)

- *Civilistische Abhandlungen*, J. C. B. Mohr, Heidelberg, 1814.

- *Ueber possessio civilis*, in AcP, 1835.

- *System des Pandekten-Rechts*, vol. I, 9ª edição por ALEXANDER AUGUST V. BUCHHOLTZ, Druck und Verlag von Friedrich Mauke, Iena, 1846.

THOMASIIUS, CHRISTIAN (1655/1728)

- *Notae ad Institutiones Justinianaeas*, Prostat in Officina Rengeriana, Halae Magdeb., 1712.

- *Notae ad Singulos Pandectarum Titulos*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1713.

- *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex Sensu Communi Deducta*, Typis & sumtibus Viduae Christophori Salfeldii, Halae & Lipsiae, 1718.

- *Christiano Thomasio, Dissertatio Inauguralis Juridica, An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, Joh. Christ. Hilligeri, Acad. Typ., Hallae Magdeburgicae, 1721.

- *Christiani Thomasii, Institutionum Jurisprudentiae Divinae Libri Tres*, editio septima, Sumtibus & Typis Viduae Christophori Salfeldii, Halae Magdeburgicae, 1730.

TIEDEMANN, DIETRICH (1748/1803)

- Recensão a IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2ª edição, 1798, in “Neue allgemeine deutsche Bibliothek”, vol. 49, 1800.

TIRAQUEAU, ANDRÉ (1488/1558)

- *Andreae Tiraquelli, De Iure Constituti Possessorii Tractatus*, Apud Iacobum Keruer, Parisiis, 1549.

- *Andreae Tiraquelli, De Utroque Retractu Municipali & Conventionali, Commentarii Duo*, Apud Haeredes Gulielmi Rouillii, Lugduni, 1618.

TITIUS, GOTTLIEB GERHARD (GOTTLIEB GERHARD TIETZE – 1661/1714)

- *Gottlieb Gerh. Titio, Observationum Ratiocinantium in Compendium Juris Lauterbachianum Centuriae Quindecim*, editio secunda, Sumptib. Haered. Frider. Lanckisii, Lipsiae, 1717.

Tituli XXVIII Ex Corpore Ulpiani, in P. F. GIRARD/F. SENN, *Textes de Droit Romain*, vol. I, 7ª edição, Dalloz, Paris, 1967.

TREULER, HIERONYMUS (1565/1607)

- *Hieronimi Treutler, Selectarum Disputationum ad Jus Civile Justinianeum Quinquaginta Libris Pandectarum Comprehensum, Volumen I*, editio tertia, Imprimebat Paulus Egenolphus, Typogr. Academicus, Marburgi, 1596.

TROPLONG (RAYMOND-THÉODORE TROPLONG – 1795/1869)

- *Le Droit Civil Expliqué Suivant L'Ordre des Articles du Code. De la Prescription*, I, 3ª edição, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, Paris, 1838.

- *Le Droit Civil Expliqué Suivant L'Ordre des Articles du Code. De L'Échange et du Louage*, Meline, Cans et Compagnie, Bruxelles, 1841.

UBALDIS, ÂNGELO DE (1328/1400)

- *Angeli de Ubaldis, Consilia*, Typis Andreae Wecheli, Francofurti, 1575.

VALASCO, ÁLVARO (ÁLVARO VAZ – 1526 /1593)

- *Alvaro Valasco, Tractatus Iuris Emphyteutici*, Typis Haeredum Ioannis Bringeri, Francofurti ad Moenum, 1618.

- *Alvari Valasci, Decisionum Consultationum ac Rerum Iudicatarum in Regno Lusitaniae*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1621.

VANGEROW, KARL ADOLPH VON (1808/1870)

- *Lehrbuch der Pandekten*, vol. III, 7ª edição, N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, Marburg und Leipzig, 1869.

**VAREL, FRIEDRICH HILDERICH VON (séculos XVI/XVII)/
WINSHEIM, JOHANNES**

- *Theses de Locatione et Conductione*, praeside Friderico Hilderico à Varel, publice defendere conabitur Iohannes Winshemius, Typis Christophori Lochneri et Iohannis Hofmanni, Altdorphi, 1591.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, FERNANDO (1512/1569)

- *Fernandii Vasquii Pinciani Menchasensis, Controversiarum Usu Frequentium, Secunda Pars*, Apud Franc. Fabrum Lugdunense, 1599.

Vetus Collectio, in “Dissensiones Dominorum Sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores Vocantur”, edidit et adnotationibus illustravit GUSTAVUS HAENEL, Sumtibus I. C. Hinrichsii, Lipsiae, 1834.

VIGEL, NIKOLAUS (1529/1600)

- *Nicolai Vigelii, Responsorum Iuris, Centuriae Quatuor*, editio postrema, Ex officina Johannis Jacobis, Arnhemii, 1656.

VINNIO (ARNOLD VINNEN - 1588/1657)

- *Arnoldi Vinni, Jurisprudentiae Contractae Sive Partitionum Juris Civilis Libri IV*, editio tertia, Ex officina Arnoldi Leers, Roterodami, 1664.

- *Arnoldi Vinnii, In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, editio quarta, Apud Danielelem Elseverium, Amstelodami, 1665.

VOET, JOHANN (1647/1713)

- *Johannis Voet, Commentarius ad Pandectas, Tomus Secundus*, Apud Fratres de Tournes, Colloniae Allobrogum, 1769.

- *Johannis Voet, Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus*, Apud Fratres de Tournes, Colloniae Allobrogum, 1778.

VOET, PAUL (1619/1667)

- *Pauli Voet, In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Pars Prior*, Ex officina Pauli Vink, Gorichemi, 1668.

- *Pauli Voet, In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Pars Posterior*, Ex officina Pauli Vink, Gorichemi, 1668.

Volumen Statutorum Civitatis Maceratae (Macerate, 1553), reimpressão anastática, Arnaldo Forni Editore.

VULTEJUS, HERMANN (1555/1634)

- *Hermanno Vultejo, Positiones de Locatione & Conductione*, Apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1588.

- *Hermanni Vultei, In Institutiones Iuris Civilis a Iustiniano Compositas Commentarius*, Apud Paulum Egenolphum, Marpurgi, 1598.

WÄCHTER, CARL GEORG VON (1797/1880)

- *Pandekten*, II, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1881.

WEGE, ANDREAS (séclo XVII)

- *Andrae Wegens, De Locatione et Conductione Tractatus*, Sumtibus Augustii Boetii, Lipsiae & Islebiae, 1696.

WERNHER, JOHANNES BALTHASAR (1677/1743)

- *Io. Balthasaris Wernheri, Enunciata Fori Hodierni*, Apud Christ. Theoph. Ludovicum, Vitembergae, 1725.

- *Iohannis Balthasaris Wernher, Selectarum Observationum Forensium, Tomus I*, editio novissima, Sumptibus Iohann. Bernhard. Hartungii, Ienae, 1738.

- *Iohannis Balthasaris Wernher, Selectarum Observationum Forensium, Tomus II*, editio III, Sumtibus Iohannis Gulielmi Hartungii, Ienae, 1756.

WESEL, ABRAHAM VAN (1635/1680)

- *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas*, in *Opera Omnia*, Apud Cornelium Meyer, Gandavi, 1729.

WESENBECK, MATTHAEUS (1531/1586)

- *Matthaei Wesenbecii, Paratitla in Pandectas Iuris Civilis*, Episcopus, Basileae, 1566.

- *Matthaei Wesenbecii, Tractatus et Responsa, Quae Vulgo Consilia Iuris Appellantur*, Apud Eusebium Episcopium, et Nicolai fratris haeredes, Basileae, 1584.

- *Matthaei Wesenbecii, In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX Commentarii*, Typis Conradi Waldkirch, Basileae, 1593.

- *Matthaei Wesenbecii, Responsorum Iuris, Quae Vulgo Consilia Iuris Appellantur, Pars II*, Ex officina Typographica Sigismundi Latomi, Francofurti, 1600.

WESTENBERG, JOHANN ORTWIN (1667/1737)

- *Joannis Ortwini Westenbergii, Principia Iuris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum, Tomus II*, Typis et Sumtibus Johann Thomae Trattner, Viennae Austriae, 1755.

- *Joannis Ortwini Westenbergii, Principia Iuris, Secundum Ordinem Digestorum, seu Pandectarum*, editio quarta, Apud S. et J. Luchtmans, Lugduni Batavorum, 1764.

WINDSCHEID, BERNHARD (1817/1892)

- *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. I, 8ª edição por THEODOR KIPP, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1900.

- *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. II, 8ª edição por THEODOR KIPP, Literarische anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1900.

WISSENBACH, JOHANN JAKOB (1607/1665)

- *Iohannis Iacobi Wissenbachi, In Libros IV. Priores Codicis Dn. Justiniani Repetitae Praelectionis*, Sumptibus Joh. Arcerii, Franekerae, 1660.

- *Iohannis Iacobi Wissenbachi, Exercitationum ad Quinquaginta Libros Pandectarum Partes Duae, Prior Pars*, editio quarta, Sumptibus Iohannis Henrici Ellingeri, Lipsiae, 1673.

WOLFF, CHRISTIAN (1679/1754)

- *Christiano Wolfio, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Secunda*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1742.

- *Christiano Wolfio, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Tertia*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1743.

- *Christiano Wolfio, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Quarta*, Prostat in Officina Libraria Rengeriana, Halae Magdeburgicae, 1744.

- *Vernünfftige Gedancken von den Kräfte des menschlichen Verstandes und ihrem richtigen Gebrauche in Erkänntniß der Wahrheit*, Rengerischen Buchhandl., Halle im Magdeburgischen, 1754.

- *Christiano L. B. de Wolff, Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Prostat in Officina Rengeriana, Hallae Magdeburgicae, 1763.

ZÁSIO (ULRICH ZÄSY, frequentemente latinizado como ULDARICUS ZASIUS – 1461/1535)

- *Uldarici Zasii, Operum, Tomus Tertius. Commentaria seu Lecturas Eiusdem in Titulos Tertiae Partis Pandectarum (Quod Vulgo Digestum Novum Vocant)*, Apud Sebastianum Gryphium, Lugduni, 1550.

ZAUNSCHLIFFER, OTTO PHILIPP (1653/1729)

- *Vindicia Secundum Communis Opinionis Veritatem: Seu Dissertatio Juridica Ad L. Emptorem 9 C. de locato & conducto. Communem ejusdem & parallelarum legum interpretationem ac praxin, & hinc enatum vulgare. Kauff gehet vor Miethe/Ab objectionibus quibusdam defendere satagens*, in *Ottonis Philippi Zaunschlifferei, Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698.

- *Ottonis Philippi Zaunschlifferei, Vindiciae Vindiciarum, Pro veritate in Jure Naturali & Civili radicata Tritti illius Kauff geht vor Miethe/Ad L. 9. C. de locat. & cond. Cum similibus Proposita in Epistola ad Amicissimum Antagonistam Virum Praenobilissimum, Amplissimum & Excellentiissimum, Dn. Hermannum Zoll/Jct. Rintheliensem & Antecess, Prim., Excusa 1691. & recusa 1698.*, in *Ottonis Philippi Zaunschlifferei, Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698.

ZEILLER, FRANZ VON (1751/1828)

- *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, II-1, Geistingers Verlagshandlung, Wien und Triest, 1812.

- *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, III-2, Geistingers Verlagshandlung, Wien und Triest, 1813.

- *Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, IV, Geistingers Verlagshandlung, Wien und Triest, 1813.

- *Das natürliche Privat-Recht*, 3^a edição, bey Karl Ferdinand Beck, Viena, 1819.

ZEUMER, KARL

- *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 2^a edição, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913.

ZIEBARTH, KARL (1833/1899)

- *Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe*, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1866.

ZIEGLER, CASPAR (1621/1690)

- *Casparis Zigleri, Disceptationes Selectae Argumenti Varii, Ex Iurisprudentia Romano-Germanica Forensi*, Apud Ioannem Fridericum Braunium, Lipsiae, 1712.

ZOESIO (HENDRIK JACOB ZOES – 1571/1627)

- *Henrici Zoesii, Commentarius in Codicem Justinianum*, Apud Andream Bingium, Coloniae Agrippinae, 1660.

- *Henr. Zoesii, Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L*, Viduae Wilh. Metternich & Filii, Coloniae Agrippinae, 1736.

- *Henrici Jacobi Zoesii, Commentarius ad Institutionum Iuris Civilis Libros IV*, Apud Fratres Deville, Lugduni, 1738.

ZOLL, HERMANN (1643/1725)

- *Hermanii Zolli, Dissertatio Juridica ad L. Emptorem 9. C. de loc. & cond. Communem ejusdem Legis Interpretationem & hinc enatum illud vulgare: Kauff gehet vor Miethe: Refellens*, Habita Rinthelii d. 30. Aprilis 1687, in OTTO PHILIPP ZAUNSCHLIFFER, *Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698.

- *Hermanii Zolli, Defensio Novae Sententiae. Kauff hebt Miethe nicht auff: Adversus Vindicias Clarissimi cujusdam Jcti*, in OTTO PHILIPP ZAUNSCHLIFFER, *Opera Juridica in Duas Partes Distributa*, Apud Viduam Hermanni à Sande, Francofurti ad Moenum, 1698.

- *Hermannio Zollio, Kauff hebt Miethe nicht auff/ Sive Commentatio ad L. Emptorem 9. Cod. de loc. & cond. Qua Communis Sententia & hinc enata vulgaris paroemia: Kauff geht vor Miethe: Denuo & fusius reffellitur*, Sumptibus & Typis Hermanni Augustini Enax, Acad. Typ., Rinthelii, 1704.

II – BIBLIOGRAFIA SECUNDÁRIA

AA.VV.

- “Vicente Ferrer Neto Paiva. No Segundo Centenário do seu Nascimento, a Convocação do Krausismo”, *STVDIA IVRIDICA*, nº 45, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

ALARCÃO, RUI DE

- *Direito das Obrigações*, texto elaborado por J. SOUSA RIBEIRO, J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J. C. PROENÇA, com base nas lições ao 3º Ano Jurídico, reimpressão em computador da edição policopiada de 1983, Coimbra.

ALBERTARIO, EMILIO

- *Distinzioni e Qualificazioni in Materia di Possesso*, in “*Studi di Diritto Romano*”, vol. II, Giuffrè Editore, Milão, 1941.

- *Possessio e Detentio*, in “*Studi di Diritto Romano*”, vol. II, Giuffrè Editore, Milão, 1941.

- *I Contratti a Favore di Terzi*, in “*Studi di Diritto Romano*”, vol. VI, Giuffrè Editore, Milão, 1953.

ALBUQUERQUE, MARTIM DE

- *Portugal e a Iurisdictio Imperii*, in “*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*”, 1964.

- *Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português*, in “*Boletim do Ministério da Justiça*”, nº 304 – Março – 1981.

ALBUQUERQUE, PEDRO DE

- *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto, o Dever de a Cumprir e o Princípio Nemo Ad Factum Cogi Potest. Providência Cautelar, Sanção Pecuniária Compulsória e Caução*, in “*Revista da Ordem dos Advogados*”, 2005.

ALBUQUERQUE, RUY DE/ALBUQUERQUE, MARTIM DE

- *História do Direito Português*, I volume, 10ª edição, Lisboa 1999.

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA

- *A “Gewere” – Um Instituto do Antigo Direito Germânico*, in “*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*”, 1968.

ALZON, CLAUDE

- *Problèmes Relatifs à la Location des Entrepôts en Droit Romain*, Éditions Cujas, Paris, 1966.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

- *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

ARABEYRE, PATRICK

- *Culture Juridique et Littérature Européennes Chez les Derniers Bartolistes Français (Première Moitié du XVIe Siècle)*, in “Clio@Themis numéro 2” (disponível in <http://www.cliothemis.com/Culture-juridique-et-litterature>).

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO

- *Istituzioni di Diritto Romano*, reimpressão anastática da 14ª edição, Jovene, Nápoles, 1983.

ARTOSI, ALBERTO / PIERI, BERNARDO / SARTOR, GIOVANNI

- *Leibniz: Logico-Philosophical Puzzles in the Law. Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law*, Springer, Dordrecht/Heidelberg/Nova Iorque/Londres, 2013.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

- *Direito Civil – Reais*, 5ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

BAR, CHRISTIAN VON / DOPFFEL, PETER (ed.)

- *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert*, vol. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.

BARREIRO, ALEXANDRINO FERNÁNDEZ

- *Las Fuentes de Las Obligaciones en Relación con el Sistema de Acciones en Derecho Clásico*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

BARROS, HENRIQUE DA GAMA

- *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*, tomo III, Typografia Castro Irmão, Lisboa, 1914.

BARTA, HEINZ

- *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Teil 1, WUV Universitätsverlag, Viena, 2004.

BATTAGLINI, MARIO

- *La Risoluzione del Contratto di Locazione per Necessità del Locatore nel Diritto Romano e Comune*, in “Studi in Onore di Emilio Betti”, vol. IV, Giuffrè Editore, Milão, 1962.

BAYER, WALTER

- *Der Vertrag zugunsten Dritter: neuere Dogmengeschichte - Anwendungsbereich - dogmatische Strukturen*, Mohr Siebek, Tübingen, 1995.

BECCHI, PAOLO

- *German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence"*, in DAMIANO CANALE/PAOLO GROSSI/HASSO HOFMANN (org.), "A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900", vol. 9 de ENRICO PATTARO (Editor-in-Chief), "A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence", Dordrecht/Heidelberg/Londres/Nova Iorque, Springer, 2009.

BECK, ALEXANDER

- *Zur Entstehung des Römischen Mietvertrages*, in "Festschrift Hans Lewald", Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basileia, 1953.

BEHRENDTS, OKKO

- *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in "Studi in Onore di Cesare Sanfilippo", Giuffrè Editore, vol. V, Milão, 1984.

BEISER, FREDRICK C.

- *The German Historicist Tradition*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2011.

BERMAN, HAROLD J.

- *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/Londres, 1983.

Bibliografia Henriquina, vol. I, Comissão Executiva das Comemorações do V Centenário da Morte do Infante D. Henrique, Lisboa 1960.

BISCARDI, ARNALDO

- *La Genesi del Concetto Classico di «Obligatio»*, in "Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

BLANK, HUBERT

§ 535 BGB, in HUBERT BLANK/ULF P. BÖRSTINGHAUS, *Miete. BGB – Mietrecht*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

BONFANTE, PIETRO

- *I Contratti a Favore di Terzi*, in “Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana. Studi di Diritto Pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia”, Tipografia già Cooperativa, Pavia, 1934.

BRONZE, FERNANDO JOSÉ

- *Alguns Marcos do Século na História do Pensamento Metodológico-Jurídico*, in BFDUC, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003.

BROX, HANS / WALKER, WOLF-DIETRICH

- *Allgemeines Schuldrecht*, 30ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004.

- *Besonderes Schuldrecht*, 30ª edição, C. H. Beck Verlag, Munique, 2005.

BRÜNNECK

- *Zur Geschichte der Miethe und Pacht in den deutschen und germanischen Rechten des Mittelalters*, in SZG, 1980.

BRUNNER, HEINRICH

- *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, 2ª edição, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1906.

BRUNS, CARL GEORG

- *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1848.

BUCKLAND, W. W.

- *Equity in Roman Law*, University of London Press, Londres, 1911.

BUCKLAND, WILLIAM WARWICK / McNAIR, ARNOLD DUNCAN

- *Roman Law and Common Law: a Comparison in Outline*, 2ª edição, University Press, Cambridge, 1952.

BUJÁN, FEDERICO FERNÁNDEZ DE

- *Sistema Contractual Romano*, 2ª edição, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

BURDESE, ALBERTO

- *Patto (diritto romano)*, in NDI, vol. XII, UTET, Turim, 1965.

BUSSI, EMILIO

- *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Diritti Reali e Diritti di Obbligazione)*, Cedam, Pádua, 1937.

CABALLERO, WALENKA ARÉVALO

- *La Locatio-Conductio Urbana: Peculiaridades*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CAETANO, MARCELLO

- *História do Direito Português. Fontes – Direito Público (1140-1495)*, 2ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1985.

CALASSO, FRANCESCO

- *Medio Evo del Diritto. I – Le Fonti*, Giuffrè Editore, Milão, 1954.

CALLEGARI, DANTE

- *Il Recesso Unilaterale dal Contratto*, G. Giappichelli Editore, Turim, 1939.

CAMIÑAS, JULIO G.

- *La Problematica del Dolo en el Derecho Romano Clásico*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

CANNATA, CARLO AUGUSTO

- *"Possessio," "Possessor," "Possidere" nelle Fonti Giuridiche del Basso Impero Romano: Contributo allo Studio del Sistema dei Rapporti Reali nell'Epoca Postclassica*, Giuffrè Editore, Milão, 1962;

- *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, G. Giappichelli Editore, Turim, 2001.

CANNING, JOSEPH

- *Feudal Law*, in “Encyclopedia of Medieval Philosophy: Philosophy Between 500 and 1500”, vol. 1, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2011.

CARDILLI, RICCARDO

- *L'Obbligazione di «Praestare» e la Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano (II Sec. A.C. - II Sec. D.C)*, Giuffrè Editore, Milão, 1995.

- *«Bona Fides» Tra Storia e Sistema*, 2ª edição, G. Giappichelli Editore, Turim, 2010.

CARONI, PIO

- *Lecciones de Historia de la Codificación*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

CARPINTERO BENITEZ, FRANCISCO

- *“Mos Italicus”, “Mos Gallicus” y el Humanismo Racionalista. Una Contribución a la Historia de la Metodología Jurídica*, in “Ius Commune”, VI, 1977.

- *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

CASTRO, ZÍLIA OSÓRIO DE

- *Cultura e Ideias do Liberalismo*, in “Lusitania Sacra”, 2000.

CATELANI, GIULIO

- *Manuale della Locazione*, 3ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2001.

CAVANNA, ADRIANO

- *Storia del Diritto Moderno in Europa. Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1982.

- *Storia del Diritto Moderno in Europa. Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, vol. II, Giuffrè Editore, Milão, 2005.

CERAMI, PIETRO

- *Risoluzione (diritto romano)*, in “Enciclopedia del Diritto”, vol. XL, Giuffrè Editore, Milão, 1989.

CHURRUCA, JUAN DE

- «*Pignus*», in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

CLASS, MONIKA

- *Coleridge and Kantian Ideas in England, 1796-1817. Coleridge's Responses to German Philosophy*, Bloomsbury Academic, Londres/Nova Iorque, 2012.

COELHO, F. M. PEREIRA

- *Arrendamento – Direito Substantivo e Processual*, edição policopiada, Coimbra, 1988.

COING, HELMUT

- *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, in SZR, 1953.

- *Europäisches Privatrecht*, vol. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1985.

COLBERG, KARL

- *Ueber der Rechtsparömie “Kauf bricht Miethé”*, in “Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von Schering”, Band I, 1861.

COLLINET, PAUL

- *Deux Textes Retrouvés sur la Fiducie*, in “Studi di Storia e Diritto in Onore di Enrico Besta per il XL Anno del Suo Insegnamento”, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1939.

COLOGNESI, LUIGI CAPOGROSSI

- *Ai Margini della Proprietá Fondiaria*, 2ª edição, La Sapienza Editrice, Roma, 1996.

CONDANARI-MICHLER, SLAVOMIR

- *Pactum*, in PAULY/WISSOWA, “Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft”, vol. XVIII, J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung, Estugarda, 1942.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- *Da Natureza Jurídica do Direito do Locatário*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, 1980.

- *Arts. 1031º, 1037º, 1052º, 1057º*, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coordenação), *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014.

CORNIL, GEORGES

- *Traité de la Possession dans le Droit Romain*, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1905.

- *Explication Historique de la Règle ‘Alteri Stipulari Nemo Potest’*, in “Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL Anno del Suo Insegnamento”, vol. IV, Arti Grafiche G. Castiglia – Editore, Palermo, 1936.

COSTA, EMILIO

- *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*, reimpressão anastática da edição de Turim (1915), “L’Erma” di Bretschneider, Roma, 1966.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA

- *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957.

- *A Complantação no Direito Português – Notas Para o Seu Estudo*, in BFDUC, 1958.

- *Enquadramento Histórico do Código Civil Português*, in BFDUC, 1961.

- *Melo Freire*, in “Dicionário de História de Portugal”, direcção de JOEL SERRÃO, vol. IV, Livraria Figuerinhas, Porto.

- *Os Contratos Agrários e a Vida Económica em Portugal na Idade Média*, in BFDUC, 1979.

- *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

- *História do Direito Português*, 5ª edição, com a colaboração de RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

CRUZ, GUILHERME BRAGA DA

- *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, in “Revista Portuguesa de História”, Homenagem ao Doutor Paulo Merêa, volume III, 1974.

- *O Direito de Superfície no Direito Romano*, in “Obras Esparsas”, Vol. I – Estudos de História do Direito Antigo, 1ª parte, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1979.

- *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, in “Obras Esparsas”, vol. II – Estudos de História do Direito. Direito Moderno, 1ª parte, Universidade de Coimbra, 1981.

- *La Formation du Droit Civil Portugais Moderne et le Code Napoléon*, in “Obras Esparsas”, vol. II – Estudos de História do Direito. Direito Moderno, 2ª parte, Universidade de Coimbra, 1981.

CRUZ, SEBASTIÃO

- *Conteúdo das Obligationes de Dar: Dare vel Dari, aut Dare et Dari?*, in “Homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz”, BFDUC, 1982.

- *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*, 4ª edição, Coimbra, 1984.

COUVREUR, GILLES

- *Les Pauvres Ont-Ils des Droits? Recherches Sur le Vol en Cas d'Extrême Nécessité, Depuis la Concordia de Gratien (1140) Jusqu'à Guillaume d'Auxerre (†1231)*, Analecta Gregoriana, Editrice Università Gregoriana, Roma, 1961.

CURA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA

- «*Fiducia cum Creditore*» – *Aspectos Gerais*, in Suplemento do BFDUC, vol. XXXIV, 1990.

- *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu*, in BFDUC, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003.

- *O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Civis Espanhol e Português*, in “Jornadas Romanísticas”, STVDIA IVRIDICA, nº 70, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

- *A «Fiducia» Romana e a Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Actual*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *Mora Debitoris no Direito Romano Clássico (Contributo Para o Seu Estudo)*, Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Lisboa, 2011.

- *Direito Romano e História do Direito Português (Casos Práticos Resolvidos e Textos)*, reimpressão da 2ª edição (2009), Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

D'ORS, ÁLVARO

- *Derecho Privado Romano*, 9ª edição, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.

DAVIS, KATHLEEN

- *Periodization and Sovereignty: How Ideas of Feudalism and Secularization Govern the Politics of Time*, University of Pennsylvania Press, Filadélfia, 2008.

DEGENKOLB, HEINRICH

- *Platzrecht und Mieth: Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, C.G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung, A. Charisius, Berlim, 1867.

- Recensão a *Karl Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Mieth erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preußischen*, in “Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, 1867.

DEL VECCHIO, GIORGIO

- *História da Filosofia do Direito*, tradução de JOÃO BAPTISTA DA SILVA, Editora Líder, Belo Horizonte, 2006.

DERNBURG, HEINRICH

- *Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Proceßrechts in vergleichender Darstellung*, Literarische Anstalt, Frankfurt am Main, 1849.

DILCHER, HERMANN

- *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, in SZR, 1961.

DIOS, SALUSTIANO DE

- *Derecho, Religión y Política. La Representación del Doctor Francisco Ramos del Manzano al Papa Alejandro VII Sobre la Provisión de Obispos Vacantes en la Corona de Portugal*, in SALUSTIANO DE DIOS/JAVIER INFANTE/EUGENIA TORIJANO (coords.), “Juristas de Salamanca, Siglos XV-XX”, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009.

DOLEZALEK, GERO

- *Pacta sunt servanda*, in HRG, vol. 3, Erich Schmidt Verlag, Berlim, 1984.
- *Zivilprozeßrecht*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert”, Duncker & Humblot, Berlim, 1992.

DONDORP, HARRY

- *Precise Cogi, Enforcing Specific Performance in Medieval Legal Scholarship*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010.

DÖRING, DETLEF / SCHLOTT, MICHAEL (org.)

- *Johann Christoph Gottscheds Briefwechsel. Historisch-kritische Ausgabe*, vol. 3 (1734-1735), Walter de Gruyter, Berlim, 2009.

DU PLESSIS, PAUL

- *A New Argument for Deductio ex Mercede*, in “Fundamina”, 2005.

- *Towards the Medieval Law of Hypothec*, in JOHN W. CAIRNS/PAUL J. DU PLESSIS (ed.), “The Creation of the Ius Commune. From Casus to Regula”, Edinburgh University Press, 2010.

- *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Brill, Leiden/Boston, 2012.

DURÃO, AYLTON BARBIERI

- *O Direito Real de Kant*, in “Trans/Form/Ação”, vol. 33, nº 2, 2010.

DUTILLEUL, FRANÇOIS COLLART/DELEBECQUE, PHILIPPE

- *Contrats Civils et Commerciaux*, 6ª edição, Éditions Dalloz, Paris, 2002.

EISELE, FRIDOLIN

- *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in SZR, 1890, 1892, 1897.

EISENSCHMID, NORBERT

- § 535 BGB, in SCHMIDT-FUTTERER, *Mietrecht. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 8ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2003.

EMMERICH, VOLKER

- *Vor § 535 BGB*, in EMMERICH/SONNENSCHNEIN, *Miete. Handkommentar*, 8ª edição, De Gruyter, Berlim, 2003.

FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE

- *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

FEENSTRA, ROBERT

- *Zur Rezeption in den Niederlanden*, in “L’Europa e il Diritto Romano: Studi in Memoria di Paolo Koschaker”, Giuffrè Editore, Milão, 1953 (republicado in “Fata Iuris Romani – Études D’ Histoire du Droit”, Presse Universitaire de Leyde, Leiden, 1974).

- *Les Origines du Dominium Utile Chez les Glossateurs (Avec un Appendice Concernant L'Opinion des Ultramontani)*, in “Flores Legum H. J. Scheltema, Antecessori Groningano, Oblati”, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1971 (republicado in “Fata Iuris Romani – Études D’ Histoire du Droit”, Presse Universitaire de Leyde, Leiden, 1974).

FERID, MURAD / SONNENBERGER, HANS JÜRGEN

- *Das Französische Zivilrecht*, vol. 2, 2ª edição, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1986.

FERNÁNDEZ, EDUARDO RUIZ

- *Sanción de las «Iniuriae» en el Derecho Clásico*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

FERRINI, CONTARDO

- *Manuale di Pandette*, 3ª edição, Società Editrice Libreria, Milão, 1908.

FIORI, ROBERTO

- *La Definizione della ‘Locatio Conductio’: Giurisprudenza Romana e Tradizione Romanistica*, Jovene Editore, Nápoles, 1999.

FLIKSCHUH, KATRIN

- *Kant and Modern Political Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

FRIER, BRUCE W.

- *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1980.

FURTADO, JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO

- *Manual do Arrendamento Urbano*, 5ª edição, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

GABRIELLI, GIOVANNI / PADOVINI, FABIO

- *La Locazioni di Immobili Urbani*, Cedam, Pádua, 2001.

GAERTNER, MAX

- *Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht*, Verlag von M. & H. Marcus, Breslau, 1901.

GALLO, FILIPPO

- *Sulla Presunta Estinzione del Rapporto di Locazione per Iniziativa Unilaterale*, in “Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz”, vol. II, Editore Jovene, Nápoles, 1964.

GANS, EDUARD

- *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, editado por JOHANN BRAUN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

GARCÍA SANCHEZ, JUSTO

- *Arias Piñel, Catedrático de Leyes en Coimbra y Salamanca Durante el Siglo XVI: la Rescisión de la Compraventa por “Laesio Enormis”*, Caja Duero, Salamanca, 2004.

GARCÍA Y GARCÍA, ANTONIO

- *La Canonística Iberica (1150-1250) en la Investigacion Reciente*, in “Derecho Comun en España: los Juristas y sus Obras”, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1991.

GARGOLA, DANIEL J.

- *The Gracchan Reforms and Appian’s Representation of an Agrarian Crisis*, in LUUK DE LIGT/SIMON NORTHWOOD, “People, Land, and Politics: Demographic Developments and the Transformation of Roman Italy, 300 BC-AD 14”, Brill, Leiden, 2008.

GARNSEY, PETER

- *Thinking About Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

GATHER, HANS-H.

- § 546 BGB, in SCHMIDT-FUTTERER, *Mietrecht. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 8ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2003.

GATSI, JEAN

- *Les Contrats Spéciaux*, Armand Colin, Paris, 1998.

GELLER, LEO

- *Die Mieth. Eine civilistische Studie*, in “Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart”, 1878.

GENIUS, KLAUS

- *Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen*, Verlag W. Kohlhammer, Estugarda/Berlim/Colónia/Mogúncia, 1972.

GILISSEN, JOHN

- *Introdução Histórica ao Direito* (tradução de A. M. HESPANHA e M. L. MACAÍSTA MALHEIROS), 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001.

GOECKE, FEODOR

- *De Exceptione Spolii*, Gustav Schade, Berlim, 1858.

GORDON, WILLIAM M.

- *Studies in the Transfer of Property by Traditio*, Aberdeen University Studies, Aberdeen, 1970.

GOURON, ANDRÉ

- *L'Auteur et la Patrie de la Summa Trecensis*, in “Ius Commune”, 1984.

GOYARD-FABRE, SIMONE

- *La Signification du Contrat dans la « Doctrine du Droit » de Kant*, in “Revue de Métaphysique et de Morale”, Abril/Junho 1973.

- *La Philosophie du Droit de Kant*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1996.

GROSSI, PAOLO

- *Locatio ad Longum Tempus – Locazione e Rapporti Reali di Godimento nella Problematica del Diritto Comune*, Morano Editore, Nápoles, 1963.

- *La Categoria del Dominio Utile e Gli Homines Novi del Quadrivio Cinquecentesco*, in “Il Dominio e le Cose. Percezioni Medievali e Moderne dei Diritti Reali”, Giuffrè Editore, Milão, 1992.

- *L'Ordine Giuridico Medievale*, 5ª edição, Editori Laterza, 2010.

GRUNSKY, WOLFGANG

- *Abmahnung (Allgemeines Schuldrecht)*, in “Deutsches Rechts-Lexikon”, vol. I, 3ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2001.

GUARINO, ANTONIO

- «*Vulgarismus*» e *Diritto Privato Postclassico*, in LABEO, 1960.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO

- *La Fijación del Derecho. Contribución al Estudio de su Concepto y de sus Clases y Condiciones*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1977.

HAAKONSSSEN, KNUD

- *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge University Press, Cambridge/Nova Iorque/Melbourne, 1996.

HALLEBEEK, JAN

- *An “Action Tailored to the Facts”*: Some Remarks Concerning the Actio in Factum of D. 13,7,13 pr. in the Tradition of Continental European Legal Scholarship, in “Viva Vox Iuris Romani – Essays in Honour of Johannes Emil Spruit”, J. C. Gieben, Publisher, Amesterdão, 2002 .

- *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010.

HALLEBEEK, JAN/DONDORP, HARRY

- *Contracts for a Third-Party Beneficiary: A Historical and Comparative Account*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008.

HALLEBEEK, JAN / MERKEL, THEODOR

- *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010.

HARKE, JAN DIRK

-*Römisches Recht*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2008.

HATTENHAUER, CHRISTIAN

- *Einseitige private Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

HATTENHAUER, HANS

- *Bricht Miete Kauf?*, in “Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein: 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000”, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.

HAUSMANINGER, HERBERT / SELB, WALTER

- *Römisches Privatrecht*, 9ª edição, Böhlau Verlag, Viena/Colónia/Weimar, 2001.

HERNÁNDEZ-TEJEIRO, FRANCISCO

- *Extinción de las Obligaciones*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL

- *A Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

HEUSLER, ANDREAS

- *Die Gewere*, Hermann Böhlau, Weimar, 1872.

HOLTHÖFER, ERNST

- *Literaturtypen des mos italicus in der europäischen Rechtsliteratur der frühen Neuzeit (16. - 18. Jahrhundert)*, in “Ius Commune”, 1969.

HONORÉ, TONY

- *Roman Law AD 200-400: From Cosmopolis to Rechtsstaat?*, in SIMON SWAIN/MARK J. EDWARDS, “Approaching Late Antiquity: the Transformation from Early to Late Empire”, Oxford University Press, Nova Iorque, 2006.

HONSELL, HEINRICH

- *Römisches Recht*, 7ª edição, Springer Verlag, Heidelberg/Dordrecht/Londres/Nova Iorque, 2010.

HUBER, EUGEN

- *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern, Verlag von Schmid, Francke & Co., Berna, 1894.

HÜBNER, JÜRGEN / GRIESBACH, ANNETTE / SCHREIBER, STEPHANIE,

- in LINDNER-FIGURA/OPRÉE/STELLMAN, *Geschäftsraummiete*, Cap. 14, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006.

HÜBNER, RUDOLF

- *A History of Germanic Private Law*, tradução de FRANCIS S. PHILBRICK, Little, Brown, and Company, Boston, 1918.

HUG, WALTHER

- *The History of Comparative Law*, in “Harvard Law Review”, 1932.

JOHNS, CHRISTOPHER LOWELL

- *The Science of Right in Leibniz's Practical Philosophy*, a Dissertation Presented to The Graduate School in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy in Philosophy, Stony Brook University, August 2007.

JORDÃO, LEVY MARIA

- *A Philosophia do Direito em Portugal*, in “O Instituto”, I, 1853.

JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS

- *A «Fictio Iuris» no Direito Romano («Actio Ficticia»)*. *Época Clássica*, Separata do volume XXXII do Suplemento ao BFDUC, Coimbra, 1988.

- *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, in BFDUC, 1995.

- *Fases do Desenvolvimento do Direito Romano*, segundo as prelecções ao 1º ano jurídico, no ano lectivo de 1994/95, Coimbra, 1997.

- *As Acções do Pretor (Actiones Praetoriae)*, Coimbra, 1997.

- *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, STVDIA IVRIDICA, nº 26, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

- *A Locatio-Conductio Rei (Direito Romano)*, in BFDUC, 2002.

- *A Evolução do Direito Romano*, in BFDUC, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003.

- *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- *Direito Privado Romano – IV (Direito da Família)*, STVDIA IVRIDICA, nº 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

- *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, STVDIA IVRIDICA, nº 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- *Locatio Conductio Operis*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- *O Contrato de Trabalho no Direito Romano*, in “ARS IVDICANDI - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves”, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- *O Depósito no Direito Romano. Algumas Marcas no Direito Português*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- *Direito Privado Romano – I. Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos Direitos)*, 5ª edição, STVDIA IVRIDICA, nº 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, 4ª edição, STVDIA IVRIDICA, nº 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- *Hipoteca (Direito Romano)*, in BFDUC, vol. LXXXVIII, tomo II, 2012.

KADEN, ERICH-HANS

- Recensão a *Gerhard Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, in SZR, 1950.

KANDELHARD, RONALD

- § 546 BGB, in HERRLEIN/KANDELHARD, *Mietrecht Kommentar*, 2ª edição, ZAP Verlag, Münster, 2004.

KANT, IMMANUEL

- *Metaphysical Elements of Justice: Part I of The Metaphysics of Morals*, 2ª edição, tradução, introdução e notas de JOHN LADD, Hackett Publishing, Indianapolis/Cambridge, 1999.

KANTOROWICZ, HERMANN

- *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of the Twelfth Century*, edited with the collaboration of WILLIAM WARWICK BUCKLAND, University Press, Cambridge, 1938.

KASER, MAX

- Recensão a *Mayer-Maly, Locatio Conductio*, in SZR, 1956.

- *Das Römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1971.

- *Zur Geschichte des precarium*, in SZR, 1972.

- *Das Römische Privatrecht, II, Die Nachklassischen Entwicklungen*, 2ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1975.

- *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den ‚actiones in rem‘*, in SZR, 1981.

- *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträge zugunsten Dritter*, in “Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode: ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen”, Verlag Böhlau, Viena, Colónia, Graz, 1986 (publicado originalmente in “Festschrift für Edwin Seidl zum 70. Geburtstag”, Peter Hanstein Verlag, Colónia, 1975).

KASER, MAX/HACKL, KARL

- *Das Römische Zivilprozessrecht*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1996.

KASER, MAX / KNÜTEL, ROLF

- *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 19ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2008.

KEHOE, DENNIS P.

- *Investment, Profit, and Tenancy: the Jurists and the Roman Agrarian Economy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.

KLEYN, DUARD

- *The Concept and the Protection of Possession*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert”, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

KLIPPEL, DIETHELM

- *Kant im Context. Der Naturrechtliche Diskurs um 1800*, in “Jahrbuch des Historischen Kollegs 2001”, Oldenbourg Verlag, 2002.

KNOPS, KAI-OLIVER

- § 535 BGB, in HERRLEIN/KANDELHARD, *Mietrecht Kommentar*, 2ª edição, ZAP Verlag, Münster, 2004.

KÖBLER, GERHARD

- *Die Herkunft der Gewere*, in TR, 1975.

KOSSMAN, RALPH

- *Handbuch der Wohnraummiete*, 6ª edição, Verlag Franz Vahlen, Munique, 2003.

KÜBLER, BERNHARD

- Recensão a *Heinrich Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio als Beitrage zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, in SZR, 1908.

LABAND, PAUL

- *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters*, Verlag von Hübner & Matz, Königsberg, 1869.

LAMBRINI, PAOLA

- *L'Elemento Soggettivo nelle Situazioni Possessorie del Diritto Romano Classico*, Cedam, Pádua, 1998.

LAMEGO, JOSÉ

- «*Facticidade*» e «*Validade*» do Direito: a Matriz da Filosofia do Direito Crítico-Transcendental, in “Kant: Posteridade e Actualidade. Colóquio Internacional”, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2006.

LANDAU, PETER

- *Gratian and the Decretum Gratiani*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008.

LANGE, HERMANN

- *Römisches Recht im Mittelalter, Band I: Die Glossatoren*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1997.

LANGE, HERMANN / KRIECHBAUM, MAXIMILIANE

- *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2007.

LARENZ, KARL

- *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, 14ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1987.

- *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução de JOSÉ LAMEGO), 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005.

LENEL, OTTO

- *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889.

- *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edição, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1927.

LÉON, MARÍA ETELVINA DE LAS CASAS

- *De Inutilibus Stipulationibus*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

LEVY, ERNEST

- *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, American Philosophical Society, Filadélfia, 1951.

- *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1956.

LIEBS, DETLEF

- *Roman Vulgar Law in Late Antiquity*, in “Aspects of Law in Late Antiquity: Dedicated to A. M. Honoré on the Occasion of the Sixtieth Year of his Teaching in Oxford”, All Souls College, Oxford University, 2008.

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES

- *Código Civil Anotado*, vol. III (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), 2ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

- *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

LIMACHER, FRANZ

- *Ueber das interdictum quod vi aut clam*, Lohbauer, Zúrique, 1865.

LOKIN, JAN H. A. / BRANDSMA, FRITS / JANSEN, C. J. H.

- *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century*, Duncker & Humblot, Berlin.

LÓPEZ PEDREIRA, ADELA

- *Emptio Tollit Locatum (La Venta de la Cosa Arrendada en Derecho Romano)*, Edisofer, Madrid, 1996.

- *La Regla Emptio (Non) Tollit Locatum: de las Fuentes Romanas Hasta el Actual Proyecto de Armonización Europea*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LOTMAR, PH.

- *Marc Aurels Erlaß über die Freilassungsaufgabe*, in SZR, 1912.

LOUREIRO, JOSÉ PINTO

- *Tratado da Locação*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1947.

LUIG, KLAUS

- *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, in SZG, 1979 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998).

- *Das Privatrecht von Christian Thomasius zwischen Absolutismus und Liberalismus*, in “Christian Thomasius, 1655-1728”, Verlag Felix Meiner, Hamburgo, 1989 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998).

- *Die Grundsätze des Vertragsrechts in Kreittmayrs Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756*, in “Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr (1705-1790). Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift zum 200. Todestag”, Verlag C. H. Beck, Munique, 1991 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998).

- *Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff*, in “Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposion aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wieacker”, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1991 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998).

- *Humanismus und Privatrecht*, in “Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992”, Leykam Verlag, Graz, 1992 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip Verlag, Golbach, 1998).

LURGER, BRIGITTA / HABERL, ANDREA / WASS, CLEMENS

- “Tenancy Law and Procedure in the EU” – Austria (<http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchTheses/EuropeanPrivateLaw/TenancyLawProject/TenancyLawAustria.pdf>)

MAASSEN, FRIEDRICH

- *Zur Dogmengeschichte der Spolienklage*, in “Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts”, 1859.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

MAFFEI, DOMENICO

- *Gli Inizi dell’Umanesimo Giuridico*, 3ª reimpressão anastática da edição de 1956, Giuffrè Editore, Milão, 1972.

MAGALHÃES, DAVID

- *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

MAIOLO, FRANCESCO

- *Medieval Sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Eburon Academic Publishers, Delft, 2007.

MALAURIE, PHILIPPE / AYNÈS, LAURENT / GAUTIER, PIERRE-YVES

- *Cours de Droit Civil. Contrats Spéciaux*, VIII, 13ª edição, Éditions Cujas, Paris, 1999.

MANRIQUE, ANA MOHINO

- *Pactos en el Contrato de Compraventa en Interés del Vendedor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

MARCOS, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO

- *As Companhias Pombalinas. Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

- *Eça de Queirós, a Europa e a Faculdade de Direito de Coimbra no séc. XIX*, in “Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela”, 2002, nº 1.

- *O Jusracionalismo Setecentista em Portugal*, in “Direito Natural, Justiça e Política”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- *A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

- *O Regresso da Enfiteuse*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MARQUES, MÁRIO REIS

- *O Krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva*, in BFDUC, 1990.

- *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

MARRONE, MATTEO

- *La 'Facultas Restituendi' di D. 6,1,9 (Ulp. 16 ad interdictum): Brevi Note in Materia di Legittimazione Passiva alla Rivendica*, in “Studi in Onore di Gioacchino Scaduto”, vol. III, Cedam, Pádua, 1970.

- *Contributi in Tema di Legittimazione Passiva alla «Rei Vindicatio»*, in “Studi in Onore di Gaetano Scherillo”, Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, Milão, 1972.

- *Per una Funzione “Strumentale” del Diritto Romano in Materia di Possesso*, in “Studi in Memoria di Giambattista Impallomeni”, Giuffrè Editore, Milão, 1999.

MARTÍN, ANTONIO PEREZ

- *La Obra Legislativa Alfonsina y Puesto que en Ella Ocupan las Siete Partidas*, in “Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo”, nº 3, 1992.

- *Fuentes Romanas en las Partidas*, in “Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo”, nº 4, 1992.

- *Espanoles en el Alma Mater Studiorum: Profesores Hispanos en Bolonia, de Fines del Siglo XII a 1799*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1999.

MARTÍNEZ TAPIA, RÁMON

- *Leibniz y la Ciencia Jurídica*, in “Anales de Derecho” (Universidad de Murcia), 1996.

MARTINI, REMO

- *Il Mandato*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

MASMEJAN, LUCIEN

- *La protection Possessoire en Droit Romano-Canonique Médiéval (XIIIe – XVe Siècles)*, Publications de la Société d'Histoire des Anciens Pays de Droit Écrit, Montpellier, 1990.

MATTIOLI, FABIANA

- *Il Contratto a Favore di Terzo. Spunti per una Comparazione Diacronica dal Diritto Romano al “Draft Common Frame of Reference”*, in RIDROM, Abril 2011.

MAYER-MALY, THEO

- *Das biennium von c. 3, X, 3, 18*, in SZK, 1955.

- *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Verlag Herold, Viena/Munique, 1956.

- *Römisches Recht*, 2ª edição, Springer Verlag, Viena/Nova Iorque, 1999.

MAZZACANE, ALDO

- *Claro, Giulio*, in “Dizionario Biografico degli Italiani”, vol. XXVI, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1982.

MEDICUS, DIETER

- *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 16ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2005.

MEISCHEIDER, EMIL

- *Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1876.

MELILLO, GENEROSO

- *Patti (storia)*, in ED, vol. XXXII, Giuffrè Editore, Milão, 1982.

MERÊA, PAULO

- *Direito Romano, Direito Comum e Boa Razão*, in BFDUC, 1939-1940.

- *Os Limites da Reivindicação Mobiliária no Direito Medieval (Leão Castela, Portugal)*, in “Estudos de Direito Hispânico Medieval”, tomo I, Universidade de Coimbra, 1952

- *Domingos Domingues, Canonista Português do Século XIII*, in BFDUC, 1967.

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE

- *Direitos Reais*, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967, reimpressão em computador da edição de 1967, Coimbra.

- *Obrigações Reais e Ónus Reais*, 2ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

MEYNIAL, ED.

- *Note Sur La Loi “Emptorem” C. loc. Cond. IV, 66, loi 9*, extrait des “Mélanges Gérardin”, Sirey, Paris, 1907.

- *Notes Sur la Formation de la Théorie du Domaine Divisé (Domaine Direct et Domaine Utile) du XIIe au XIVe siècle dans les Romanistes: Etude de Dogmatique Juridique*, in “Mélanges Fitting”, vol. II, Societé Anonyme de L’Imprimerie Générale du Midi, Montpellier, 1908.

MITTEIS, LUDWIG

-Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Druck und Verlag von B. G. TEUBNER, Leipzig, 1891.

MOLNÁR, IMRE

- Le Cause di Estinzione del Contratto e il Problema dell' Esistenza del Diritto di Disdetta nella «Locatio-Conductio», in LABEO, 1986.

MONCADA, LUÍS CABRAL DE

- Subsídios Para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911), 2ª edição, Imprensa Académica, Coimbra, 1938.

- O Liberalismo de Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886). A Época, o Homem, o Filósofo, o Jurista e o Político, Coimbra Editora, Coimbra, 1947.

MONNIER, HENRY

- Études de Droit Bizantin – Méditation sur la Constitution 'EKATEPQI et le Jus Poenitendi, in NRHDFE, 1900.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO

- Cláusula Penal e Indemnização, Livraria Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão da edição de 1990).

MORTARI, VINCENZO PIANO

- «L'Argumentum ab auctoritate nel pensiero del giuristi medievali», in “Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche”, 1954.

MOUSOURAKIS, GEORGE

-The Historical and Institutional Context of Roman Law, Ashgate Publishing, Aldershot, 2003.

- Fundamentals of Roman Private Law, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2012.

MÜHLENBRUCH, CHRISTIAN FRIEDRICH

- Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt, 3ª edição, Ernst Mauritius, Greifswald, 1836.

MÜLLER, THERESE

- Besitzschutz in Europa. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

MURGA, JOSÉ LUÍS

- La Perclusio Locatoris como Vis Privata Legitima, in RIDA, 1987.

MUSCA, DORA ALBA

- «*Lis fullonum de pensione non solvenda*», in LABEO, 1970.

NETTELBLADT, DANIEL

- *Von der Streitigkeit, welche über die Frage: Ob Kauf Miethe breche? Zwischen Hermann Zolln und Otto Phillip Zaunschliffen entstanden*, in “Hallische Beyträge zu der Juristischen Gelehrten Historie”, Zweyter Band, V. bis VIII. Stück, Siebendes Stück, 1757.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

- *Escola Histórica do Direito*, in “POLIS – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado”, vol. 2, Editorial Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1984.

- *Os «Elementos de Direito Natural» de Vicente Ferrer Neto Paiva*, in “Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros”, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

OOSTERHUIS, JANWILLEM

- *Industrialization and Specific Performance in the German Territories during the 19th Century*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010.

OGRIS, WERNER

- *Kündigung*, in HRG, vol. 2, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978.

OTTE, GERHARD

- *Die dingliche Rechtsstellung des Mieters nach ALR und BGB*, in “Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1978.

- *Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz*, in “Quaderni Fiorentini”, 1979.

PACCHIONNI, GIOVANNI

- *I Contrati a Favore di Terzi. Studio di Diritto Romano, Civile e Commerciale*, 3ª edição, Cedam, Pádua, 1933.

PAMPALONI, MUZIO

- *Osservazione Esetiche alle 11. 3, §9; 12; 18 pr. D. de vi 43.16*, in “Studi Senesi”, 1888.

PATAULT, ANNE-MARIE

- *Introduction Historique au Droit des Biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989.

PENNINGTON, KENNETH

- *Law, Feudal*, in “Dictionary of the Middle Ages”, Supplement I, Charles Scribner’s Sons-Thompson-Gale, Nova Iorque, 2004.

- *Decretal Collections 1190-1234*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008.

- *The Decretalists 1290 to 1234*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008.

PENNINGTON, KENNETH / MÜLLER, WOLFGANG P.

- *The Decretists: the Italian School*, in “The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX”, The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008.

PEREIRA, ISAÍAS DA ROSA

- *Livros de Direito na Idade Média I*, in “Lusitania Sacra”, 7 (1964-1966)

- *Livros de Direito na Idade Média II*, in “Lusitania Sacra”, 8 (1967-1969).

- *O Canonista Petrus Hispanus Portugalensis*, in “Arquivos de História da Cultura Portuguesa”, vol. II, nº 4, 1968.

PERNICE, ALFRED

- *Parerga: VIII.IX*, in SZR, 1898.

PETERS, HANS

- *Generelle und spezielle Aktionen*, in SZR, 1911.

PETERSON, CLAES

- *Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts*, in “Quaderni Fiorentini”, 1992.

PIETSCH, HANS-CHRISTIAN

- *Satisfaction nach der Litis Contestatio*, in SZR, 1952.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA

- *Cessão da Posição Contratual*, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ

- *O Direito das Obrigações em Roma*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1997.

- *Curso de Direito Romano*, vol. I, Principia, Lisboa, 2009.

- *Por Uma Nova Docência Universitária do Direito: na Abertura do Primeiro Congresso de Direito Romano na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, in “O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

PRINGSHEIM, FRITZ

- *Id quod actum est*, in SZR, 1961.

PUGLIESE, GIOVANNI

- Recensão a *Ernst Levy, West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, in AG, 1951.

- Recensão a *Ernst Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, in AG, 1957.

QUAISSER, FRIEDERIKE

- *Mietrecht im 19. Jahrhundert*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005.

REALE, MIGUEL

- *Avelar Brotero, ou a Ideologia sob as Arcadas*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, 1955.

REPGEN, TILMAN

- *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1994.

- *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

RICHART, JULIÁN LÓPEZ

- *Los Contratos a Favor de Tercero*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

RICHTER, SANDRA

- *A History of Poetics. German Scholarly Aesthetics and Poetics in International Context, 1770-1960*, Walter de Gruyter, 2010.

RILEY, PATRICK

- *Leibniz' Universal Jurisprudence: Justice as the Charity of the Wise*, Harvard University Press, 1996.

- *Malebranch and Natural Law*, in T. J. HOCHSTRASSER/P. SCHRÖDER (ed.), “Early Modern Natural Law Theories. Context and Strategies in the Early Enlightenment”, Springer Science + Business Media, Dordrecht, 2003.

RITTER, CHRISTIAN

- *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971.

RODRÍGUEZ MARTÍN, JOSE-DOMINGO

- *La Documentación del Precario: una Inscripción de Benevento*, in RIDA, 1998.

ROMANO, ANGELA

- *Condanna «In Ipsam Rem» e Condanna Pecuniaria nella Storia del Processo Romano*, in LABEO, 1982.

ROSELAAR, SASKIA T.

- *Regional Variations in the Use of Ager Publicus*, in LUUK DE LIGT/SIMON NORTHWOOD, “People, Land, and Politics: Demographic Developments and the Transformation of Roman Italy, 300 BC-AD 14”, Brill, Leiden, 2008.

- *Public Land in the Roman Republic: A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396-389 BC*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2010.

RUFFINI, FRANCESCO

- *L'Actio Spolii: Studio Storico-Giuridico*, Fratelli Bocca Editori, Turim, 1889.

RÜTTEN, WILHELM

- *Zur Entstehung der Erfüllungszwang im Schuldverhältnis*, in “Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag”, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993.

RYAN, MAGNUS

- *The Oath of Fealty and the Lawyers*, in JOSEPH CANNING/OTTO OEXLE, “Political Thought and the Realities of Power in the Middle Ages”, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1998.

SANDKÜHLER, HANS JÖRG

- *Kant – Recht und Staat in weltbürgerlicher Perspektive*, in “Diametros – An Online Journal of Philosophy”, 39, Março de 2014.

SANSÓN RODRÍGUEZ, MARÍA VICTORIA

- *La Stipulatio Alteri en lo Derecho Romano*, in “Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna”, 2000.

SCATTOLA, MERIO

- *Scientia Iuris and Ius Naturae. The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in DAMIANO CANALE/PAOLO GROSSI/HASSO HOFMANN (org.), “A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900”, vol. 9 de ENRICO PATTARO (Editor-in-Chief), “A Treatise

of Legal Philosophy and General Jurisprudence”, Dordrecht/Heidelberg/Londres/Nova Iorque, Springer, 2009.

SCHERMAIER, MARTIN JOSEF

- *Ansprüche des Besitzers gegen den ehemaligen Eigentümer? § 1001 zwischen Bereicherungsrecht und EBV*, in “Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhosser”, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2004.

SCHLECHTRIEM, PETER

- *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª edição, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

SCHMIDT, ADOLF

- *Das Recht der Superficies*, in SZR, 1890.

SCHNEIDER, HANS-PETER

- *Justitia Universalis. Quellenstudien zur Geschichte des “christlichen Naturrechts” bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1967.

SCHOPENHAUER, ARTHUR

- *Ueber den Willen in der Natur, eine Erörterung der Bestätigungen, welche die Philosophie des Verfassers durch die empirischen Wissenschaften erhalten hat*, Verlag von Sigmund Schmerber, Frankfurt am Main, 1836.

SCHRAGE, ELTJO

- *Sale Breaks Hire – Or Does It? Medieval Foundations of the Roman-Dutch Concept*, in TR, 1986.

- *Zur mittelalterlichen Geschichte des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete”*, in “Das Römische Recht im Mittelalter”, herausgegeben von ELTJO J. H. SCHRAGE, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987.

- *Locatio Conductio*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert”, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

- *Utrumque Ius. Über das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft*, in RIDA, 1992.

SCHRÖDER, JAN

- *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500 - 1850)*, Verlag C.H. Beck, Munique, 2001.

SCHULIN, PAUL

- *Zur Geschichte der mittelalterlichen Miete in west- und süddeutschen Städten*, in SZG, 1920.

SCHULTE, JOH. FRIEDERICH VON

- *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, vol. I, *Einleitung - Die Geschichte der Quellen und Literatur von Gratian bis auf Papst Gregor IX*, Verlag von Ferdinand Enke, Estugarda, 1875.

SCHULZ, FRITZ

- *Derecho Romano Clásico*, tradução de JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960.

- *I Principi del Diritto Romano*, a cura di VINCENZO ARANGIO-RUIZ, reimpressão anastática da edição Sansoni (Florença, 1946), Casa Editrice Le Lettere, Florença, 1995.

SCHUPFER, FRANCESCO

- *Il Diritto delle Obligazioni in Italia nell'Età del Risorgimento*, vol. II, Fratelli Bocca Editori, Turim, 1921.

SCIORTINO, SALVATORE

- *Il Termine dell'Expulsio del Conduttore per Mancato Pagamento del Canone nella Locatio di Aedes e di Fundi*, in "Annali del Dipartimento di Storia del Diritto, Università di Palermo", 2006.

SIBER, HEINRICH

- *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II – Römisches Privatrecht*, Verlag Hermann Sack, Berlim, 1928.

SILVA, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA

- *Bártolo na História do Direito Português*, in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa" 1958.

- *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Tip. da E.N.P. (Secção Anuário Comercial de Portugal), Lisboa, 1964.

- *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006.

SINTENIS, KARL FRIEDERICH FERDINAND

- *Was ist Gegenstand der Klagen aus Obligationibus ad faciendum überhaupt und der actio emti im Besondern, d. i. worauf sind diese nach heutigem Rechte zu richten, wie ist die Verurtheilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken?*, in "Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß", 1838.

SKLENÁŘ, ROBERT

- *Papinian on the Interdict Unde Vi*, in RIDA, 1994.

SOARES, ROGÉRIO ERHARDT

- *Direito Administrativo*, Coimbra, s/d.

STEIN, PETER

- *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

STEFFENHAGEN, EMIL

- *Cramer, Johann Ulrich Freiherr von*, in ADB, vol. IV, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1876.

STINTZING, RODERICH/LANDSBERG, ERNST

- *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, vol. III-1, Druck und Verlag von R. Oldenbourg, Munique/Leipzig, 1898.

STOBBE, OTTO

- *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. III, 2ª edição, Verlag von Wilhelm Hertz, Berlin, 1885.

STOLLEIS, MICHAEL

- *Storia del Diritto Pubblico in Germania*, volume I, *Pubblicistica dell'Impero e Scienza di Polizia 1600-1800*, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffrè Editore, Milão, 2008.

STRYK, KARIN NEHLSSEN-VON

- *Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung*, in AcP, 1993.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO,

- *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

TERRA, RICARDO RIBEIRO

- *A Doutrina Kantiana da Propriedade*, in “Discurso”, nº 14, 1983.

THOMAS, J. A. C.

- *The Sitting Tenant*, in TR, 1973.

TORRENT, ARMANDO

- *Excepciones Pactadas a la “Regla Emptio Tollit Locatum”*, in “Temis – Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas”, 21, Homenaje al Profesor Sánchez del Río y Peguero, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1967.

TRAEGER, ALFRED

- *Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Miethe*, in “Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß”, 1861.

TURIEL DE CASTRO, GERARDO

- *Acerca de la Resolución del Contrato de Arrendamiento de Vivienda por Necesidade del Arrendador*, in “Estudios Jurídicos *In Memoriam* del Professor Alfredo Calonge”, vol. II, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002.

UGARTE, ÓSCAR CUBO

- *Direito Natural e Direito Positivo em Kant e Fichte*, in “Revista Filosófica de Coimbra”, nº 41, Março de 2012.

UNGER, JOSEPH

- *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in “Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts”, 1871.

URSO, GIANPAOLO

- *The Origin of Consulship in Cassius Dio's Roman History*, in HANS BECK/ANTONIO DUPLÁ/MARTIN JEHNE/FRANCISCO PINA POLO (org.), *Consuls and Res Publica: Holding High Office in the Roman Republic*, Cambridge University Press, 2011.

VANDENDRIESSCHE, SARAH

- *Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht. Eine Überprüfung von Levy's Vulgarrechtstheorie anhand der Quellen des Codex Theodosianus und der Posttheodosianischen Novellen*, Verlag Dr. Kovač, Hamburgo, 2006.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

- *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

VÀZNY, JAN

- *Il Problema Generale dei Contratti a Favore di Terzi nel Diritto Romano*, in BIDR, 1932.

VELASCO, CARMEN

- *La Sociedad*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

VERSTEGEN, RAFAËL

- *Qui Fundum Locavit, Si Vendat, Curare Debet...*, in “Mélanges Felix Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire”, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1993.

- *Emptori Quidem Fundi Necessse Non Est Stare Colonum. C. 4,65,9, un Exemple d’Interpretatio Duplex*, in “Collatio Iuris Romani – Études Dédiées a Hans Ankum à L’Occasion de son 65^e Anniversaire”, J. C. Gieben, Éditeur, Amesterdão, 1995.

- *Emptio Tollit Locatum. L’Importance du Transfert de la Possession*, in “Viva Vox Iuris Romani – Essays in Honour of Johannes Emil Spruit”, J. C. Gieben, Publisher, Amesterdão, 2002.

VIEDMA, FERNANDO GÓMEZ-CARBAJO DE

- *Figuras Especiales de Depósito*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

VISKY, KÁROLY

- *Quelques Remarques sur la Thèse Ipsam Rem Condemnare et ses Rapports Économiques*, in RIDA, 1972.

VLAVIANOS, GEORGE

- *Specific Performance in Civil Law*, in “Revue Générale de Droit”, 1993.

VOCI, PASQUALE

- *Istituzioni di Diritto Romano*, 6^a edição, Giuffrè Editore, Milão, 2004.

WACKE, ANDREAS

- *La Exceptio Doli en el Derecho Romano Clásico y la ‘Verwirkung’ en el Derecho Alemán Moderno*, in “Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

WATSON, ALAN

- *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford University Press, 1968.

- *Iusiurandum in Litem in the Bonae Fidei Iudiciae*, in “Studies in Roman Private Law”, The Hambledon Press, Londres/Rio Grande, 1991 (publicado originalmente in TR, 2, 1966, pp. 175-193).

WEIDENKAFF, WALTER

- § 535 BGB, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65^a edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006.

WEIGAND, RUDOLF

- *The Development of the Glosa Ordinaria to Gratian's Decretum*, in "The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX", The Catholic University of America Press, Washington, D.C, 2008.

WEIMAR, PETER

- *Die Handschriften des Liber feudorum und seiner Glossen*, in RIDC, 1990.

WEISS, EGON

- *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, 2ª edição, Verlag von J. Hess, Estugarda, 1949.

WELLER, MARC-PHILIPPE

- *Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

WELZEL, HANS

- *Introducción a la Filosofía del Derecho - Derecho Natural y Justicia Material*, tradução do alemão por FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, 2ª edição, Aguilar, Madrid, 1979.

WESEL, UWE

- *Geschichte des Rechts*, 3ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2006.

WESENBERG, GERHARD

- *Verträge zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1949.

WESENBERG, GERHARD/WESENER, GUNTER

- *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y En Europa*, tradução da 4ª edição alemã (1985) por JOSE JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.

WESENER, GUNTER

- *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in "Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag", Verlag Hermann Böhlau, Graz/Colónia, 1958.

- *Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes*, in "Das Römische Recht im Mittelalter", herausgegeben von ELTJO J. H. SCHRAGE, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987 (publicado originalmente em *Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, Graz, 1975).

- *Zur Bedeutung des Usus modernus pandectarum für das österreichische ABGB*, in “Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly”, Springer Verlag, Viena/Nova Iorque, 2011.

WESTERMANN, HARM PETER / BYDLINSKY, PETER / WEBER, RALPH

- *BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5ª edição, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.

WIEACKER FRANZ

- *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, C. Winter, Heidelberg, 1955.

- *Le Droit Romain de la Mort d’Alexandre Sévère a l’Avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.-C.)*, in RHDfE, 1971.

- *Vulgarrecht und Vulgarismus. Alte und neue Probleme und Diskussionen*, in “Ausgewählte Schriften I: Methodik der Rechtsgeschichte”, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1983.

- *História do Direito Privado Moderno*, 2ª edição, tradução de A. M. BOTELHO HESPANHA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004.

WIELING, HANS

- *Die Verdinglichung der Miete vom römischen Recht bis zu den modernen Kodifikationen*, in “Nozione, Formazione e Interpretazione del Diritto dall’Età Romana alle Esperienze Moderne - Ricerche Dedicare al Professor Filippo Gallo”, vol. III, Jovene Editore, Nápoles, 1997.

- *Die Grundstücksmiete als dingliches Recht*, in “Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein: 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000”, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.

WINKEL, LAURENS

- *Specific Performance in Roman Law*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance - The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010.

WOLF, ECKHARD / ECKERT, HANS-GEORG / BALL, WOLFGANG

- *Handbuch des Gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingsrechts*, 9ª edição, RWS Verlag, Colónia, 2004.

WOLF, ERNST

- *Zum Begriff des Schuldverhältnisses*, in “Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag”, N. G. Elwert Verlag, Marburg, 1961.

WOLTER, UDO

- *Ius Canonicum in Iure Civili – Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Böhlau Verlag, Colônia/Viena, 1975.

- *Mietrechtlicher Bestandsschutz. Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main, 1984.

WUBBE, F. B. J.

- *Gaius et les Contrats Réeles*, in TR, 1967.

ZIMMERMANN, REINHARD

- *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reimpressão, Juta & Co, Ltd/ C. H. Beck, Cidade do Cabo/Munique, 1992.

- *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law*, in “Tulane Law Review”, 1991-1992.

- *The Civil Law in European Codes*, in HECTOR L. MACQUEEN/ANTONI VAQUER/SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, “Regional Private Laws and Codification in Europe”, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

- *Derecho Romano y Cultura Europea*, in “Revista de Derecho Privado”, 2010.

ZWEIGERT, KONRAD / KÖTZ, HEIN

- *Introduction to Comparative Law*, 3ª edição, tradução de TONY WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998.

III – ELEMENTOS AUXILIARES (PALEOGRAFIA)

CAPELLI, ADRIANO

- *Lexicon Abbreviaturarum. Wörterbuch lateinischer und italienscher Abkürzungen*, 2ª edição, Verlagsbuchhandlung von J. J. Weber, Leipzig, 1928.

CHASSANT, LOUIS-ALPHONSE

- *Dictionnaire des Abréviations Latines et Françaises Usitées dans les Inscriptions Lapidaires et Métalliques, les Manuscrits et les Chartes du Moyen Âge*, 5ª edição, Chez Jules Martin, Libraire, Paris, 1884.

SECKEL, EMIL

- *Paläographie der juristischen Handschriften des 12. bis 15. und der juristischen Drucke des 15. und 16. Jahrhunderts* (editado por ERICH GENZMER), in “Das Römische Recht im Mittelalter”, herausgegeben von ELTJO J. H. SCHRAGE, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1987 (publicado originalmente in SZR, 1925).