

Sinopse de Direito Romano

POSSE E DIREITOS REAIS

PROF. GAETANO SCIASCIA¹

1. **Posse** - é um poder físico sobre uma coisa corpórea protegido pelos interditos.

CONSTA DE DOIS ELEMENTOS:

- a) **corpus** - a detenção física;
- b) **animus** - a intenção de ter a coisa para si.

HÁ VÁRIOS TIPOS DE POSSE:

- I. POSSESSIO NATURALIS - simples detenção (Jhering, p. ex., locatário);
- II. POSSESSIO AD INTERDICTA - detenção com o ânimo de proprietário (Savigny). Para Savigny os casos do credor pignoratício, do seqüestratário e do precarista, que não têm o *animus domini*, mas são protegidos pelos interditos, são excepcionais. Para Jhering, são regulares, pois conformes a seu conceito de posse (nº. I);
- III. POSSESSIO AD USUCAPIONEM. - *civilis* - que é a posse *ad interdicta* baseada numa justa causa (ver: usucapião § 10)

Possessio iusta é a que se adquiriu, *nec vi, clam, precario* (nem pela violência, nem às escondidas e nem por concessão graciosa).

2. **Aquisição e perda da posse** - G. 2, 89.

"Adquirimos a posse pelo corpo e pelo ânimo; não é suficiente um dos dois elementos".

A posse se conserva só com o ânimo em casos excepcionais (pastagens hibernais, escravo fugitivo).

A posse se perde por vir a faltar um desses elementos (como no caso de morte ou de *capitis deminutio*).

¹ Texto de domínio público extraído de SCIASCIA, Gaetano. *Sinopse de Direito Romano*, São Paulo, 1955. Gaetano Sciascia foi Professor da Faculdade de Direito da USP e escreveu diversas obras: *Instituzioni di diritto romano: regulae iuris* (ca.1947), *Lineamenti del sistema obbligatorio romano* (1947), *Regras de Ulpiano* (1952), *Sinopse de direito romano* (1955), *Varietà giuridiche* (1956) e o *Manual de Direito Romano*, com o prof. Alexandre Correia (1947). Os textos em cor azul são anotações de H.Madeira e E. Agati Madeira.

3. Proteção da posse - G. 4, 1 43.

Savigny funda a tutela possessória na necessidade de assegurar a paz social; Jhering julga que se protege a posse porque é a exteriorização do domínio.

A posse é protegida pelos interditos (são ordens que o pretor baixa aos particulares, impondo-lhes um determinado comportamento).

DISTINGUEM-SE OS INTERDITOS EM:

- I. INTERDICTA RETINENDAE POSSESSIONIS CAUSA - para reter a posse: *uti possidetis*;
- II. INTERDICTA RECUPERANDAE POSSESSIONIS CAUSA - para recuperar (*útrubi*) a posse perdida (*unde vi*);
- III. INTERDICTA ADIPISCENDAE POSSESSIONIS CAUSA - para adquirir a posse nunca havida: interdito Salviano, na hipoteca.

Os INTERDITOS POSSESSÓRIOS SÃO:

- a) UTI POSSIDETIS - protege o possuidor de um imóvel que perante o seu adversário não possui *nec vi, nec clam, nec precario*.
- b) ÚTRUBI - protege o possuidor de coisa móvel que em face de seu adversário possuiu a maior parte do ano precedente.
Justiniano fundiu os dois interditos.
- c) DE PRECÁRIO - cabe a quem concedeu a coisa a título precário (recuperatório);
- d) UNDE VI - cabe a quem foi violentamente despojado de um imóvel, sendo indiferente se ele possuía *vi, clam aut precario*, em face do esbulhador.

No direito justinianeu a proteção possessória se estende a muitas outras relações que não são meramente de posse.

4. Posse de direitos ou quase-posse

É a posse das coisas incorpóreas, especialmente dos direitos reais sobre coisa alheia. (v. § 17). O instituto é do último período.

5. Propriedade - G. 1. 54; 2, 41.

É o direito mais absoluto e exclusivo sobre coisa corpórea (*ius utendi, fruendi, abutendi*) sancionado pela reivindicação.

DISTINGUEM-SE VÁRIOS TIPOS DE PROPRIEDADE:

- I. DOMINIUM EX JURE QUIRITUM - exige que o dono seja cidadão romano, diz respeito às coisas *mancipi*, é sancionado pela *reivindicatio*;
- II. PROPRIEDADE PRETORIANA - ou domínio bonitário ou *in bonis habere* - é a propriedade não reconhecida pelo *ius civile*, mas pelo pretor. Dá-se quando se transfere por *traditio* (e não por *mancipatio* ou *in iure cessio*) uma coisa *mancipi*. É protegida pela exceção de dolo mau (*exceptio doli*), pela exceção de coisa vendida e entregue (*exceptio rei venditae et traditae*) e pela ação Publiciana.
- III. PROPRIEDADE PROVINCIAL - é a propriedade sobre os terrenos provinciais protegida por ações úteis, i. é, por meios análogos aos de *ius civile*, concedidos pelos magistrados provinciais.

6. Limitações legais da propriedade

A propriedade é absoluta e exclusiva. Excepcionalmente sofre limitações que decorrem:

- I. da autoridade política (indiretamente o censor coíbe o *ius abutendi*) - cavalo, terra inculta;
- II. da lei:
 - a) poder sobre escravos;
 - b) espaços entre prédios - 5 pés;
 - c) ninguém pode usar seu direito apenas com o fito de prejudicar o vizinho (atos emulativos).

No último período, resultando o conceito de propriedade da unificação dos diferentes tipos, adquiriu importância maior sua função social já enaltecida pelos magistrados.

7. Co-propriedade

Dá-se quando duas ou mais pessoas são juntamente proprietárias de uma mesma coisa. Se se deu independentemente da vontade dos sujeitos (p. ex. herança) temos a comunhão acidental; se pela vontade, temos a comunhão voluntária (p. ex. a decorrente de uma aquisição de uma coisa comum feita por sócios).

"Não pode haver propriedade integral de duas ou mais pessoas".

Dois critérios orientam a doutrina romana:

a) "cada condômino é proprietário do todo" (consórcio *ercto non cito* = herança entre irmãos, do mais antigo direito). Na falta de um dos condôminos: *ius acrescendi* (direito de crescer).

b) "cada condômino é proprietário da parte ideal", podendo dela dispor, a não ser que se trate de coisa indivisível (penhor, servidão).

"Ninguém pode ser constrangido a permanecer em co-propriedade". A co-propriedade é a mãe das rixas.

AÇÕES:

- I. *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO* - para dividir a coisa comum;
- II. *ACTIO PRO SOCIO* - para regular as recíprocas obrigações internas (ver: - adjudicação, §13).

8. Sanção da propriedade - (*sanção é a ação*) - G. 4, 36; I. 4, 6, I.

- I. *REI VINDICATIO* - é a ação que o dono por direito quiritário propõe contra o possuidor de sua coisa. Ação real (*erga omnes*). O autor deve provar seu direito (prova diabólica, quando não adquiriu originariamente; entretanto, tem usucapião). O réu condenado deve *RESTITUIR* a coisa com todos os acréscimos. O possuidor de boa-fé, só os frutos *extantes* e tem direito às benfeitorias necessárias e (no valor menor) úteis; o possuidor de má-fé restitui, também, os frutos percipiendos, não tendo direito de retenção quanto às benfeitorias úteis. Depois da *litis contestatio* (aceitação do juízo) o réu está de má-fé.

A propriedade provincial é protegida por ações úteis.

- II. AÇÃO PUBLICIANA - é aquela em que o pretor supõe que o autor tenha possuído o tempo necessário para usucapir (ver: propriedade pretoriana, § 5). Há três hipóteses (em que o escravo Stico é *res Mancipi*):
- Exceptio doli* (exceção do dolo mau) - "A" vendeu Stico a "B" por *traditio*. Sendo "A" ainda dono por direito quirritário, reivindica Stico de "B". "B" pode opor-lhe a exceção.
 - Exceptio rei venditae et traditae* (exceção de coisa vendida e entregue) - "A" vendeu Stico a "B" por *traditio*. Sendo "A" ainda dono por direito quirritário, vende Stico a "C" por *mancipatio*. Se "C" propõe a reivindicação contra "B", este se defende pela exceção de coisa vendida e entregue.
 - Actio publiciana* (ação publiciana) - Nos 2 casos acima, o adquirente de Stico está protegido pelo direito pretoriano, se tiver a posse. Se o escravo voltou a seu dono de direito quirritário, aquele que adquiriu por *traditio* tem contra aquele a ação publiciana.

As duas *exceptiones* são meios de o adquirente paralisar uma ação de reivindicação intentada contra ele. A ação publiciana (admitida pelo direito pretoriano) é um meio análogo à *reivindicatio* do direito quirritário; por ela o adquirente pode exigir a coisa de qualquer pessoa que estivesse em poder dela.

9. **Modos de aquisição da propriedade** - G. 2, 65. São os atos e fatos jurídicos mediante os quais uma pessoa se torna dona de uma coisa.

DISTINGUEM-SE:

- modos de aquisição originários, se quem adquire não tem nenhuma relação jurídica com o precedente proprietário; e derivados, se a aquisição se baseia numa relação com a precedente proprietária;
- modos do *ius civile* e modos do *ius gentium* (baseados na razão natural);
- modos voluntários, judiciais e legais;
- modos a título universal (herança) e a título particular.

10. **Modos de aquisição originários** - I. 2, I, 11.

- I. **Ocupação** - (*ius gentium*) - É o modo originário de aquisição de propriedade em virtude do qual a coisa sem dono se torna de quem primeiro toma posse dela ("*res nullius cedit occupanti*") - caça, pesca, produtos da praia, ilha nascida no mar, presas de guerra, coisas abandonadas pelo dono;

Os animais distinguem-se:

- Animais domésticos - não há ocupação;
- Animais domesticados - há ocupação se tiverem perdido o hábito de voltar onde costumam recolher-se;
- Animais bravios - depois de controvérsias entre juristas clássicos, Justiniano resolveu que para ocupá-los precisa-se apanhá-los e não basta feri-los. A caça no direito romano é livre, i. é, mesmo apanhado em terreno alheio, o animal pertence ao ocupante e não ao dono do terreno.

- II. **TESOURO** (invenção de tesouro) - É "o depósito antigo de moedas ou de coisas preciosas, enterrado ou oculto, de cujo dono não haja memória". Por uma disposição do imperador Adriano, se o tesouro for achado casualmente em terreno alheio, pertence por metade ao dono do terreno e por metade ao inventor. O tesouro não é fruto e por isso não pertence ao usufrutuário do terreno
- III. **ACESSÃO** - É o modo originário de aquisição da propriedade em virtude do qual o dono da coisa principal é dono da coisa acessória (*jus gentium*).

DISTINGUEM-SE VÁRIOS TIPOS DE ACESSÃO:

a) de imóvel a imóvel:

- I. *aluvião* - são os acréscimos formados paulatinamente por depósitos ou aterros naturais. Pertencem ao dono do terreno que se aumentou;
- II. *avulsão* - porção de terra destacada violentamente de um prédio, juntando-se a outro. Pertence ao dono do terreno acrescido, depois que as plantas lançaram raízes;
- III. *álveo abandonado* - pertence proporcionalmente aos proprietários dos terrenos ribeirinhos;
- IV. *ilha nascida no rio* - pertence proporcionalmente aos proprietários dos terrenos ribeirinhos;

b) de móvel a imóvel:

- I. sementeação;
- II. plantação;
- III. edificação, i. é, sementes, plantas, materiais e construções em terreno alheio. "O dono da terra é dono de tudo o que está em cima e em baixo". "A superfície cede ao solo".

c) de móvel a móvel:

- I. *ferruminatio* - solda com o mesmo metal;
- II. *tintura*;
- III. *textura*;
- IV. *scriptura*;
- V. *pictura*, a não ser neste último caso, em que Justiniano decidiu que a tela pertence ao pintor, nos outros todos o dono da matéria é dono do acessório;

- IV. **ESPECIFICAÇÃO** - É o modo originário de aquisição da propriedade mediante o qual, quem de matéria-prima alheia faz, com seu trabalho, uma coisa nova (*species nova*), adquire a propriedade dela (vinho, de uva; azeite, de azeitonas; farinha, de trigo; estátua, de mármore; vaso, de bronze etc.). Os sabinianos sustentaram que era dono da coisa nova o proprietário da matéria-prima; os proculianos atribuíam a propriedade ao especificador. Justiniano resolveu legislativamente a questão, estabelecendo que:
- a) a coisa nova pertence ao especificador se não se puder restituir à forma anterior;
 - b) a coisa nova pertence ao especificador se este empregou matéria

parcialmente própria;

c) se a especificação for feita de má-fé, o dono da matéria é sempre dono da coisa nova.

- V. AQUISIÇÃO DE FRUTOS - o proprietário da coisa madre adquire os frutos com a separação. O enfiteuta adquire os frutos com a separação. O usufrutuário adquire os frutos com a apreensão (*perceptio*).

Todos os modos enumerados até aqui são a título particular e de *ius gentium*, baseados na razão natural.

11. **Usucapião** - l. 2, 6. É um modo (originário **especial**) de aquisição da propriedade, de *ius civile*, a título particular, baseado na posse, voluntário.

"Usucapião é a aquisição do domínio pela posse continuada por um certo prazo".

PRAZO DO USUCAPIÃO, DE DIREITO QUIRITÁRIO (XII Tábuas):

a) um ano para os móveis;

b) dois anos para os imóveis.

O usucapião foi reformado no direito justiniano com base no instituto da "prescrição de longo tempo" que se aplicava aos terrenos provinciais.

Sua regulamentação resulta do entrosamento do direito quiritário e do direito dos magistrados. Justiniano chama "prescrição de longo tempo" a usucapião dos imóveis e "usucapião" a usucapião dos móveis.

OS REQUISITOS DA USUCAPIÃO JUSTINIANÉIA SÃO OS SEGUINTE:

- I. **COISA HÁBIL** (*RES HABILIS*) - excluídas as coisas furtadas e as coisas fora do comércio;
- II. **TÍTULO** (*IUSTA CAUSA*) - é o ato jurídico em virtude do qual o possuidor tem a coisa: ato este que em tese é justa causa de aquisição do domínio, mas que por algum vício não deu lugar à aquisição (justas causas: venda, pagamento, dote, legado, doação etc). Não se admite o título putativo, i. é, aquele que se acredita existir, quando na realidade não existe;
- III. **BOA-FÉ** (*BONA FIDES*) - é consciência de não lesar a outrem. Pode haver título sem boa-fé (compro de quem não é dono, sabendo-o); pode haver boa-fé sem título (compro de quem não é procurador). "A má-fé superveniente não prejudica";
- IV. **POSSE** (*POSSESSIO*)- detenção material com a intenção de ter a coisa para si. Não se pode inverter a natureza originária da posse; *SUCCESSIO POSSESSIONIS* é a sucessão do herdeiro no mesmo tipo de posse do *de cuius*; *ACCESSIO POSSESSIONIS* é a faculdade que tem o sucessor particular de unir sua posse à do antecessor;
- V. **TEMPO** (*Tempus*): a) móveis - 3 anos; b) imóveis, com título: 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes (presente é quem mora no mesmo município); c) imóveis, sem título, mas com boa-fé: 30 anos.

12. Modos de aquisição derivados - G. 1, 119; 2, 24; 2, 19.

- I. **MANCIPIATIO** - ato jurídico de direito quirritário; aplica-se às coisas *mancipi*; acarreta a responsabilidade pela **EVICÇÃO** (*actio auctoritatis* no dobro). Responsabilidade pela evicção é o empenho que quem faz a *mancipatio* ou uma venda assume para com o comprador de lhe garantir sua aquisição.
São partes na *mancipatio*: o *mancipio dans*, o *mancipio accipiens*, o porta-balança (*libripens*) e 5 cidadãos romanos púberes como testemunhas.
A *mancipatio* não existe mais no direito justinianeu.
- II. **IN IURE CESSIO** (“cessão no tribunal”) - é um processo simulado no qual quem quer adquirir afirma que a coisa é sua; o proprietário se cala e o pretor atribui a propriedade da coisa. Emprega-se especialmente para a transferência das coisas incorpóreas (herança e servidões, mas não obrigações). Vale para as *coisas Mancipi* e *nec Mancipi*. Desapareceu no fim do período clássico;.
- III. **TRADITIO** (entrega, tradição) - ato jurídico de *ius gentium* (segundo a *naturalis ratio*); aplica-se às coisas *nec Mancipi*; exige que a coisa seja corpórea. Único modo derivado de aquisição de propriedade do direito justinianeu. “A traditio opera a transferência, se precedida por justa causa”. “Ninguém pode transferir mais direitos, que os que tenha”;

TIPOS DE *TRADITIO FICTA*:

- a) simbólica (chaves, escritura, etc.);
- b) tácita (no contrato de sociedade);
- c) *longa manu* (do alto da torre);
- d) *brevi manu* (de inquilino, se torna proprietário);
- e) *constituto possessorio* (de proprietário se torna inquilino).

13. **Adjudicação** - G. 4, 42. É um modo judicial de aquisição de propriedade que se dá por sentença do juiz nas ações de partilha (*communi dividundo*, *familiae erciscundae*, *finium regundorum*), onde o juiz atribui aos consortes as partes.

14. **Modos legais de aquisição da propriedade** - São aqueles que decorrem diretamente da lei (confisco de bens).

15. Direitos reais sobre coisa alheia - I. 2, 3.

- a) de gozo - (acarreta utilidade) - servidões (prediais e pessoais), superfície e enfiteuse;
- b) de garantia - (acarreta garantia) - fidúcia, penhor e hipoteca.

AS SERVIDÕES PODEM SER:

- a) **prediais** - são direitos reais sobre um prédio alheio, em virtude dos quais o dono deste tem o ônus de tolerar ou não fazer alguma coisa em favor do dono do outro prédio (servidão de passagem, de água, de esgoto etc.);
- b) **personais** - são direitos reais sobre coisa alheia, em virtude dos quais esta proporciona uma utilidade a uma determinada pessoa (usufruto, uso, habitação).

16. Regras das Servidões

- I. Não há servidão sobre coisa própria (confusão e consolidação) ;
- II. Não se pode constituir uma servidão sobre outra servidão (usufruto);
- III. O ônus da servidão consiste em tolerar ou em não fazer;
- IV. As servidões são indivisíveis;
- V. As servidões não se presumem;
- VI. Servidões *prediais* devem preencher uma utilidade perpétua.

17. Classificação das Servidões Prediais - l. 2, 3, 3.

- a) rurais - iter, via, actus etc. São *res mancipi* (*exigem mancipatio*);
- b) urbanas - luzes, frestas, esgotos etc.;

O critério é segundo o caráter do prédio dominante (terreno, rural; se edifício urbana).

18. Servidões Personais - l. 2. 4.

I - **USUFRUTO** - é "o direito de usar e fruir das coisas alheias, deixando inalterada a substância delas". Recai sobre coisas inconsumíveis. O usufruto de coisas consumíveis (dinheiro) admitido no Principado, chama-se quase-usufruto. Sendo servidão pessoal o usufruto termina sempre pela morte do usufrutuário; não se pode alienar, mas se pode ceder o exercício. A coincidência da pessoa do proprietário da coisa usufruída com a pessoa do usufrutuário chama-se consolidação (confusão).

O usufrutuário deve prestar caução (*cautio usufructuaria*) ao início do usufruto. Adquire os frutos pela *perceptio*.

II - **USO** - é o direito real de gozo de usar (somente) das coisas alheias para suas necessidades e as de sua família. Direito personalíssimo;

III - **HABITAÇÃO** - é o direito real de gozo de morar em casa alheia. Justiniano admitiu que o titular pudesse locar. Direito personalíssimo.

DIFERENÇA ENTRE ALUGUEL E HABITAÇÃO:

Habitação é um direito real sobre coisa alheia, aluguel é uma obrigação.

Pode constituir direito de habitação somente o proprietário. A locação ou aluguel pode ser constituído por quem não é dono da coisa (usufrutuário, etc.).

Se a casa foi vendida, rompe-se a locação; a habitação continua.

IV - **OPERAE** - (dos escravos e dos animais) é o direito real de tirar proveito de escravos ou animais alheios.

19. Aquisição e Extinção das Servidões - G. 2, 29.

AQUISIÇÃO:

I - *mancipatio* - quanto às servidões prediais rurais mais antigas;

II - *in iure cessio* - quanto a todas as servidões prediais e pessoais;

III - *deductio* (reserva) - em favor de quem aliena a coisa;

IV - *adiudicatio* - pelas sentenças nos juízos de partilha;

V - usucapião - a *Lex Scribonia* (l. o séc. a. C.) o proibiu, mas, no último período, quando se admitiu a quase-posse, as servidões prediais se adquirem por usucapião (10-20 ou 30 anos);

VI - por pactos e estipulações - (o pacto e o contrato não são suficientes para criar direitos reais; é necessário a entrega da coisa; o direito pretoriano admite o pacto para constituir uma servidão) - modo de direito pretoriano que no período clássico se aplicava às servidões sobre os terrenos provinciais e no período justiniano se generalizou;

VII - *quase traditio* - é a entrega das servidões na compra e venda (quase-posse).

EXTINÇÃO:

I - *confusão* - (consolidação no usufruto) ;

II - *por destruição dos lugares*;

III - *pela renúncia formal* (fingida ação negatória) ;

IV - por não uso - vale somente quanto às servidões afirmativas aparentes, (geralmente rurais). Para as negativas, não aparentes (geralmente urbanas), precisa a *usucapio libertatis*, i. é, o fato de o dono do prédio serviente ter gozado dele pelo tempo do usucapião, de modo incompatível com o ônus da servidão.

20. As servidões são protegidas - l. 4, 6, 2.

I - Pela *actio confessoria* (*reivindicatio*) - proposta pelo titular da servidão, contra quem lhe contesta seu direito sobre a coisa;

II - Pela *actio negatoria* (inversamente) - ação proposta pelo dono da coisa serviente, que quer ver reconhecida a liberdade de sua coisa.

As servidões de direito pretoriano são protegidas por ações úteis.

Embora coisas incorpóreas, as servidões são protegidas, também, pelos interditos (quase-posse).

21. Superfície - G. 2, 73.

É o direito real de gozo sobre coisa alheia, alienável e transmissível aos herdeiros, em virtude do qual uma pessoa (superficiário), goza de um edifício construído em terreno alheio. Contra o princípio "*superficies solo cedit*" o pretor dá uma exceção concedendo a proteção possessória e afinal dá uma ação real (*erga omnes*). Constitui-se por contrato (locação de superfície - preço = *solarium*), por testamento, por reserva.

22. Enfiteuse - l. 4, 24, 3.

É o direito real de gozo sobre coisa alheia e transmissível aos herdeiros, em virtude do qual uma pessoa (foreiro) goza da forma mais ampla, de um terreno que pertence a outrem (senhorio direto), pagando um foro anual (*vectigal*). Seu precedente

histórico é o *ius in agro vectigali*, locação perpétua dos fundos dos municípios. Constitui-se por contrato (nem venda, nem locação) - Imperador Zeno - 5.º séc. d. C.

Ius protimiseos - é o direito de opção que o senhorio direto tem quando o enfiteuta quer alienar a enfiteuse (tanto por cento).

Laudêmio - é a porcentagem de 2 % do preço da venda da enfiteuse que cabe ao senhorio direto o qual não exerceu a opção.

Comisso - ou devolução - é a extinção da enfiteuse por não pagar-se o foro por três (3) anos.

23. Direitos reais de garantia - G. 2, 60; l. 4, 6, 7.

São direitos reais sobre coisa alheia que asseguram o pagamento de uma dívida atribuindo ao credor um poder direto sobre a coisa com exclusão dos outros.

São acessórios de obrigações. No desenvolvimento do direito romano, conhecemos três (3) tipos:

I - **fidúcia** - é a transferência por *mancipatio* de uma coisa *mancipi*, com o pacto (*pactum fiduciae*) de que o adquirente fará por seu turno uma *mancipatio* ao alienante, quando este lhe pagar a dívida.

USURECEPTIO - é o usucapião da coisa própria por parte do devedor que a possuiu com *posse ad usucapionem*. Para evitar a *usureceptio*, o credor costuma locar, ou dar em precário, a coisa ao devedor.

Esta forma de fidúcia chama-se *fidúcia cum creditore* e se distingue da *fidúcia cum amico*, que se dá quando por guerras etc. se põe em nome de outrem ("mancipando-as") as próprias coisas.

A *fidúcia cum creditore* (direito real de garantia) não é prática porque o credor (proprietário) pode alienar a coisa e porque exige dois atos formais (*mancipationes*).

II - **penhor** (*pignus datum*)- é a entrega de uma coisa em garantia de uma dívida. Não tem os defeitos da fidúcia, mas o devedor se priva do uso da coisa.

III - **hipoteca** (*pignus obligatum*)- é a convenção (pacto) de que a coisa, permanecendo na posse do devedor, fica entretanto sujeita ao credor com um ônus real (*erga omnes*)

Em latim, *pignus* indica o penhor e a hipoteca. Mas dizemos propriamente *pignus*, quando ao credor passa-se a posse; hipoteca, quando não se passa".

O *pignus* é indivisível, pois, dividida a obrigação, a coisa garante totalmente cada parte da dívida; dividida a coisa, sua parte garante a dívida inteira.

PODE SER:

a) voluntário - (por contrato real - pela entrega) no penhor; por pacto, na hipoteca;

b) judicial - que decorre de uma sentença do juiz, por condenação;

c) legal - quando decorre diretamente da lei (p. ex., hipoteca legal do pupilo sobre os bens do tutor).

24. O *pignus* confere os seguintes direitos:

a) *ius possidendi* (direito de possuir). O credor pignoratício tem a posse *ad interdicta*, mas não a posse *ad usucapionem*. Não pode usar da coisa. O credor hipotecário alcança a posse pelo interdito Salviano e pela *actio Serviana*, desde que o devedor não pague.

b) *ius distrahendi* (ou *ius vendendi*). É o direito de vender a coisa em caso do não cumprimento da obrigação e o de se satisfazer sobre o preço da venda.

Lex commissoria (proibida por Constantino) é o pacto de que o credor pignoratício não satisfeito possa ficar com a propriedade da coisa.

A venda da coisa deve ser feita em leilão. Não havendo comprador, o credor pode obter do imperador a propriedade (*impetratio dominii*). O que sobra do preço, satisfeita a dívida, vai restituído ao devedor;

c) *ius offerendi* - consiste no direito que tem o credor, garantido por hipoteca posterior, de se substituir nos direitos de outro credor, garantido com hipoteca anterior, pagando a este seu crédito.

Anticrese. É o direito real sobre os frutos de coisas alheias, Constitui-se por pacto.

CONCURSO DE CREDITORES - Se houver pluralidade de credores hipotecários, segue-se o princípio “prior tempore, potior iure” (“primeiro no tempo, mais forte no direito”). Exceções ao princípio: hipotecas privilegiadas (fisco; mulher em relação ao marido para restituir os bens dotais), *ius offerendi*.

EXTINÇÃO - Pelo pagamento, pela renúncia do titular, pela usucapião de terceiro, pela destruição da coisa, por ter a coisa se tornada inalienável.

