

A Usucapião

(Direito Romano e Direito Português)

A. Santos Justo

1. DIREITO ROMANO

A usucapião (*usucapio*) constitui, em Roma, um modo de aquisição de alguns direitos reais exclusivos dos *cives romani*: pertenceu, portanto, ao *ius civile*¹.

Não participamos na querela que divide a romanística e, quiçá por isso, ainda persiste na doutrina não-romanística contemporânea sobre se se trata dum modo originário ou derivado de aquisição². Tão-pouco enfatizamos a sistematização de GAIUS³ porque, falando de *res* cuja alienação pertence ou ao *ius naturale* ou ao *ius civile*, não permite que incluamos a *usucapio* nos modos derivados de aquisição.

1 Cf. GAIUS 2,65. Vid. Alvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano* 8ª Ed. (Ediciones Universidad de Navarra, S. A. / Pamplona 1991) § 172.

2 Vid. António dos SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)* em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora / Coimbra 1997) § 7.2.7.1 e especialmente a bibliografia citada na nota 4.

3 GAIUS 2,65: “Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt et quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum” (“Portanto, do que dissemos resulta que umas coisas são alienadas pelo direito natural, como são as que se alienam por *traditio*; outras, pelo direito civil, pois o direito de *mancipatio*, de *in iure cessio* e de usucapião é próprio dos cidadãos romanos”).

A *usucapio*, vocábulo que deriva *usus* + *cipio* (e, por isso, significa etimologicamente “tomar através do usu”⁴), é um instituto muito antigo que teve e nunca deixou de ter, como ideia-mãe, a posse (*possessio*) durante determinado tempo mínimo, de boa fé (*bona fides*) e com justa causa (*iusta causa*) ou título⁵. Anterior à Lei das XII Tábuas, surge aí disciplinada com a exigência de um tempo assaz breve, mas compreensível na economia profundamente rural da época: dois anos para os *fundi*; e um ano para as *ceterae res*⁶.

Embora esta *lex* não referisse expressamente, a *usucapio* estava afastada nas *res* insusceptíveis de propriedade privada (*res extra commercium*)⁷ e também nas *res mancipi*⁸ alienadas pela mulher sem a *auctoritas* do seu tutor⁹, nas *res furtivae* e nas *res vi possessae*¹⁰.

4 Vid. Pietro BONFANTE, *Corso di Diritto Romano II Sezione II* (Attilio Sampaolesi. Editore / Roma 1928) 206; e Edoardo VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Edizioni Ricerche / Roma 1961) 346.

5 Segundo Alvaro D’ORS (*o.c.* § 174), *titulus* é uma terminologia pós-clássica que veio a prevalecer sobre a expressão *iusta causa*. Cf. artºs. 1259º, 1260º nº. 2, 1294º e 1296º do Código Civil português.

6 Cf. Lei das XII Tábuas VI, 3-4 *apud FIRA. Pars Prima. Leges (Florentiae 1941-XIX)* 44; e GAIUS 2, 42.

7 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)* em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra 2000) § 40.2.

8 Vid. SANTOS JUSTO, *Ibidem* § 40.3.

9 Cf. GAIUS 2,47. Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 172, 5ª Ed.

10 Cf. GAIUS 2,45; 2,49. Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 172.

Na época clássica (que decorre entre 130 a.C. e 230), foi reelaborada e os antigos requisitos entretanto assinalados (*sine aliena iactura, sine alterius detrimento et iniuria*) transformaram-se nas exigências da *iusta causa possessionis* (ou *titulus usucapionis*) e da *bona fides* do possuidor. Aquela, que constitui o elemento objectivo, traduz uma relação negocial ou disposição judicial ou administrativa e, portanto, destina-se a afastar a lesão do antigo possuidor: isto é, a *possessio* não deve ser adquirida por violência nem ser clandestina ou precária (*nec vi, nec clam, nec precario*). A *bõa fides*, que é o elemento subjectivo, consiste na convicção do possuidor de que, quando adquire a *possessio*, não lesa o direito alheio¹¹. Se, mais tarde, viesse a saber que a sua posse lesava esse direito, a *usucapio* não seria prejudicada: vigorava o princípio *mala fides superveniens non nocet*¹².

As fontes oferecem-nos várias *iustae causae* constituídas por relações jurídicas negociais, por disposições judiciais ou administrativas e pelo abandono da *res*.

São negociais, v.g., as *causae*:

- *pro emptore*: é a relação de compra e venda, que constitui a *iusta causa* (ou *titulus*) da *possessio*, como refere PAULUS: “*pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut*

11 O motivo, que estivesse na base da formação desta convicção, era irrelevante. Por isso, tratando-se dum erro, tanto podia ser desculpável como indesculpável. Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – III, cit. § 7.2.7.1 13^a Ed.

12 Cf. D. 41,1,48,1; - 41,10,4. Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 172.

*putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis...*¹³. O comprador adquiria a *possessio* e não o *dominium* duma *res*. Também, se uma *res Mancipi* fosse alienada através de simples *traditio*, quando se impunha realizar uma *mancipatio* ou *in iure cessio*¹⁴. E se o vendedor não fosse proprietário, e portanto, não pudesse transferir o *dominium* por força do princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*¹⁵;

- *pro donato*: segundo PAULUS, “*is usucapit, cui donationis causa res tradita est*”¹⁶. Estamos perante a doação duma *res* cujo *dominium* não se transferiu para o donatário porque não foi celebrado o negócio jurídico idóneo: v.g., a *res* é *mancipi* e, em vez de *mancipatio* ou *in iure cessio*, realizou-se uma simples *traditio*. O doador conserva o *dominium*, mas a *possessio* do donatário tem uma *iusta causa*: a *donatio*. Se a transferência do *dominium* fosse proibida, a doação deixava de ser *iusta causa* da *possessio* pois, doutro modo, a *ratio* da proibição frustrar-se-ia. Por isso, se a doação *inter virum et uxorem* fosse inválida, faltava

13 D. 41,4,2pr.: “Possui, como comprador, quem verdadeiramente comprou; e não basta somente que tenha a opinião de que pode possuir como comprador; também deve subsistir a causa de compra...”.

14 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – I, cit. § 52.4 e *Direito Privado Romano* – III, cit. §§ 7.3.1 a 7.3.3.

15 D. 50,17,54: “Ninguém pode transferir para outro mais direito do que ele próprio teria”.

16 D. 41,6,1pr.: “Adquire por usucapião aquele a quem, por causa de doação, a *res* foi entregue”.

a *iusta causa* da posse e, portanto, a *usucapio* seria impossível, como refere PAULUS: “*si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio...*”¹⁷.

- *pro soluto*: é o cumprimento de determinadas *obligationes* através da transferência da propriedade dum *res* sem a realização do negócio jurídico idóneo. Assim, se no cumprimento dum legado *per damnationem* ou da promessa de dote ou de doação cujo objecto fosse a transferência do *dominium* dum *res mancipi* não se realizasse o negócio jurídico necessário (*mancipatio* ou *in iure cessio*), a propriedade não se transferiria. Todavia, a *possessio*, que o *accipiens* recebera, tinha uma *iusta causa* (a *solutio*) que justificava a posterior *usucapio*. Em relação a legados, ULPIANUS escreve: “*Legatorum nomine is videtur possidere, cui legatum est*”¹⁸. E, no mesmo sentido, HERMOGENIANUS observa: “*Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est*”¹⁹. Quanto à promessa de dote, transcrevemos ULPIANUS: “*Titulus est usucapionis et quidem iustissimus, qui appellatur pro dote*”²⁰. A relação precedente (legado, dote, doação) só seria considerada se fosse legalmente proibida;

17 D. 41,6,1,2: “Se a doação é feita entre marido e mulher, a usucapião cessa...”. Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 170 8ª Ed.

18 D. 41,8,1pr.: “Considera-se que possui a título de legados aquele a quem foi legado”.

19 D. 41,8,9: “Adquire por usucapião a título de legado aquele a quem se deixou devidamente o legado”.

20 D. 41,9,1: “Há um título de usucapião, e certamente justíssimo, que se chama por dote”.

- *pro suo*: compreende, provavelmente, os títulos sem denominação específica²¹. As fontes não são claras, suscitando opiniões divergentes. ULPIANUS parece afirmar que se trata da posse de quem é proprietário: “*Pro suo possessio talis est. cum dominium nobis adquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo: ut puta ex causa emptionis et pro emptore et pro suo possideo, item donata vel legata vel pro donato vel pro legato etiam pro suo possideo*”²². Todavia, PAULUS reserva o título *pro suo* para as *possessiones* que não se fundam numa causa específica: “*Est species possessionis, quae vocatur pro suo. Hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra caelo campimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. itam quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus: similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est*”²³. Este fragmento permite considerar *pro suo* a *iusta causa* que

21 Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 174.

22 D. 41,10,1pr.: “Tal posse “*pro suo*” existe quando julgamos que o *dominium* é adquirido para nós e possuímos por causa da qual se adquire e, além disso, como coisa própria: por exemplo, possuo por causa de compra e como comprador e como coisa própria; igualmente possuo a coisa doada ou legada ou como doada ou legada e também como coisa própria”.

23 D. 41,10,2: “Há uma espécie de posse que se chama “*pro suo*”. Com efeito, deste modo possuímos tudo o que colhemos no mar, na terra ou no ar ou o que se faz nosso por aluvião dos rios. Igualmente, as coisas, que possuímos, nascidas das possuídas em nome alheio, como o parto duma escrava da herança ou comprada, possuímo-las como nossas: semelhantemente, os frutos de coisa comprada ou doada ou que foi achada em herança”.

fundamenta a *possessio* de acessões e frutos²⁴; quando o título não existe, mas o possuidor está convencido, de boa fé, da sua existência (título putativo), etc²⁵.

Em relação às *iustae causae* constituídas por disposições judiciais ou administrativas, salientamos:

- o *decretum* em que o pretor concede a *bonorum possessio* dos *bona* do *de cuius* a quem o *ius civile* não reconhece herdeiro. Não sendo o pretor *fons iuris civilis*, só podia transferir a *possessio* desses bens, servindo o *decretum* como *iusta causa*²⁶
- a *missio in possessionem ex secundo decreto*, através da qual o pretor autoriza a transferência de *aedes* em ruínas ou de *arbores* que ameacem cair depois de o seu *dominus* recusar prestar a *cautio damni infecti* ou proceder às necessárias reparações²⁷;
- a *addictio* com que o magistrado adjudica os bens do devedor executado (*bonorum venditio*) ao adquirente (*bonorum emptor*). Pertencendo a *bonorum venditio* ao *ius praetorium*, a *addictio* não podia

24 Neste caso, há *iusta causa* na posse das *res* que o produziram. Vid. Alvaro D'ORS, *o.c.* § 174.

25 Vid. Alvaro D'ORS, *o.c.* § 174; e os Autores citados no nosso *Direito Privado Romano* – III, cit. § 7.2.7.1 16ª Ed.

26 Cf. GAIUS 4,34. Vid. SANTOS JUSTO, *A "Fictio Iuris" no Direito Romano ("Actio Ficticia")*. *Época Clássica I*, no suplemento XXXII do *BFDC* (1999) §§ 5.1 e 5.2

27 Vid. SANTOS JUSTO, *As Relações de Vizinhança na RXUSC II* nº 2 (1993) 75-111 e *Direito Privado Romano* – III, cit. § 10.4.2

transferir o *dominium*, mas fundamentava a *possessio* do adquirente²⁸

Referimos, ainda, a *iusta causa* que as fontes²⁹ denominam *pro derelicto*. Não é, todavia, um entendimento pacífico, pois, enquanto ULPIANUS considera que a *res* abandonada se torna *nullius* e é adquirida pelo ocupante³⁰, PROCULUS entende que não deixa de pertencer ao *dominus*, exceto se tiver sido possuída por outro³¹, e IULIANUS e PAULUS defendem que a *res* abandonada é *nullius*, mas o seu *dominium* não se adquire por *ocupatio* e sim através da *possessio*, ou seja, por *usucapio*³². São opiniões que mostram algumas das divergências entre as Escolas Proculeiana e Sabiniana que justificaram a intervenção legislativa de Justiniano que consagrou o ponto de vista de ULPIANUS³³. Mantém-se, porém, a hipótese da *usucapio* quando não foi o *dominus* que abandonou a *res*³⁴.

Em regra, os dois requisitos (a *iusta causa* e a *bona fides*) deviam estar sempre presentes. No entanto, houve situações em que a *usucapio* os dispensa. Destacamos:

28 cf. GAIUS 3,80. Vid. SANTOS JUSTO, *A Execução: Pessoal e Patrimonial em O DIREITO/ 125 (1993) 294-296 e DIREITO PRIVADO ROMANO – I, cit. § 69.5.3.2.1*

29 cf. D. 41,7.

30 Cf. D. 41,7,1.

31 Cf. D. 41,7,2,1.

32 Cf. D. 41,7,2,1.

33 Cf. I. 2,1,47.

34 Vid Alvaro D'ORS, *oc. § 174 4ª Ed.*

- a *usucapio pro herede*: beneficia quem se apropriou de *res hereditarie* antes de o *heres* voluntário³⁵ tomar a sua posse, permitindo adquirir o *dominium* ao fim de um ano (mesmo tratando-se de imóveis) porque se entende que a *possessio* incide sobre a *hereditas* que pertence às *ceterae res* a que se refere a lei das XII Tábuas³⁶. Na *ratio* desta *usucapio* está a necessidade de assegurar a continuidade do culto dos *sacra privata* e a protecção dos credores que a demora ou desinteresse do *heres* na aceitação da *hereditas* é susceptível de prejudicar³⁷. Todavia, na época clássica a *usucapio pro herede* foi considerada *improba* ou *lucrativa*, circunstância que revela a não exigência da *bona fides* do adquirente, como refere GAIUS: “...*nam sciens quisque rem alienam lucri facit*”³⁸. Por isso, a *iurisprudencia* clássica restringiu sucessivamente a sua aplicação: primeiro, reduziu esta *usucapio* às *res* possuídas e não a toda a *hereditas*³⁹; depois, criou o princípio *nemo sibi causam possessionis mutare potest*⁴⁰ que a afastou de quem recebera, do *de cuius*,

35 Cf. GAIUS 2,58. O herdeiro necessário adquiria, *ipso iure*, no momento da morte do *de cuius*, a propriedade e a posse da *hereditas*; por isso, a *usucapio pro herede* não funcionava contra ele. Vid. Sebastião CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)* I. *Introdução Fontes* 4ª Ed. (Coimbra 1984) 229.

36 Cf. GAIUS 2,54.

37 Cf. GAIUS 2,58.

38 GAIUS 2,56: “...pois alguém obtém um lucro sabendo que a coisa é alheia”.

39 Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 173 2ª Ed.

40 D. 41,3,33,1: “Ninguém pode mudar, para si próprio, a causa da posse”. Cf. ainda: D. 41,2,3,19; -41,5,2,1; -41,6,1,2.

coisas a outro título, como, v.g., comodatário ou depositário⁴¹ e puniu-o com a *actio furti*⁴²; seguidamente, sugeriu ao pretor que concedesse ao herdeiro o *interdictum quorum bonorum*⁴³ contra quem já tivesse usucapido; depois, o *sc. Iuventianum*, ditado *ex auctoritate* de Adriano, revogou as *usucapiones pro herede* e, em conseqüência, outorgou ao herdeiro a faculdade de instaurar a *hereditatis petitio* para recuperar os bens⁴⁴; e, finalmente, Marco Aurélio criou o *crimen expilatae hereditatis* em que passou a incorrer quem se apoderasse de *res hereditariae*⁴⁵. Em conclusão, doravante a *usucapio pro herede* tornou-se possível somente quando o usucapiente actuasse de *bona fides*⁴⁶;

- as *usureptiones*: são modos de o antigo proprietário recuperar o *dominium* de *res* que já lhe pertenceram. É paradigmática a *usureceptio* de *res mancipada* ao credor com um *pactum fiduciae*, por efeito do qual este deve restituir a propriedade ao

41 Cf. D. 41,5,2,1.

42 Cf. D. 47,2,68 (69); -47,2,71 (70).

43 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – I, cit. § 85.

44 Cf. GAIUS 2,57.

45 Cf. D. 47,19,1; C. 9,32.

46 Cf. D. 47,19,1.

garante após o pagamento da *obligatio*. Todavia, se o *dominium* fosse transferido sem a *possessio*, o garante-possuidor readquiri-lo-ia através da *usureptic ex fiducia* sem necessidade duma *remancipatio*⁴⁷ :

- *a praediatura*: é uma garantia sobre prédios em relação a *obligationes* assumidas para com o Estado. Mesmo depois de vendidos, o garante executado readquiriria o *dominium* em prejuízo do comprador (*praediator*) se conservasse a sua *possessio* durante dois anos⁴⁸ .

São, porém, situações anómalas⁴⁹ cuja excepcionalidade é, desde logo, inequivocamente revelada pelo uso geral, na época clássica, da expressão *possessio bonae fidei* que evidencia a importância da *bona fides*.

Em conclusão, poder-se-á afirmar que, na época clássica, a *usucapio* dependia dos seguintes pressupostos:

47 O garante-possuidor readquiriria o *dominium* mesmo se a dívida não tivesse sido paga: bastar-lhe-ia ter a *possessio* durante, pelo menos, um ano. Para evitar este risco de o credor perder a garantia ou o garante transferia também a *possessio* da *res* ou convencionava-se que era simples detentor. Cf. GAIUS 2,59-60. Vid. Sebatião CRUZ, *o.c.* 243; e António Alberto VIEIRA CURA, *Fiducia cum Creditore* no suplemento XXXIV do *BFDC* (1991) 203-213.

48 Cf. GAIUS 2,61.

49 São igualmente anómalas, porque dispensam a *bona fides*, a alienação de *res Mancipi* por uma mulher sem a *auctoritas* do seu tutor (FV. 1); a doação de *res* contra a *lex Cincia* (FV. 293); a aquisição dum *servus* concedido *noxaliter* pelo *non dominus* (D. 9,4,28). Vid. Edoardo VOLTERRA, *o.c.* 353 1ª Ed.

1. cidadania romana⁵⁰ ;
2. *possessio*⁵¹ ;
3. *res corpórea e in commercio*⁵² ;
4. *iusta causa* da posse;
5. duração da posse: pelo menos, dois anos nos *fundi* e um ano nas outras coisas (*ceterae res*);
6. *bona fides* do possuidor no momento em que inicia a posse.

Porém, estamos perante um instituto deficiente e lacunoso: o tempo era demasiado curto e não se aplicava aos *fundi* situados nas províncias não contempladas com o *ius italicum*, visto não serem susceptíveis de *dominium* ou propriedade do *ius civile*. Por isso, para proporcionar a necessária certeza jurídica a quem possuísse um *fundus*, surgiu, provavelmente na Grécia e ainda na época clássica⁵³, um novo instituto denominado *longi temporis praescriptio*⁵⁴, posteriormente estendido a *res* móveis.

No entanto, não se confunde com a *usucapio*: não tem efeito aquisitivo e tão-só permite ao possuidor paralisar a *actio* do proprietário se aquele tiver a *possessio* com *iusta causa* e este não se opuser durante dez ou vinte anos, consoante viverem ou não na mesma cidade. Isto é, funciona como uma

50 Segundo GAIUS (2,65), a usucapião "*ius proprium est civium Romanorum*". Duvida-se, todavia, que o latino e o peregrino, a quem tivesse sido concedido o *ius commercii*, não tenham gozado da *usucapio*.

51 É a *possessio ad usucapionem* que não se confunde com a *possessio naturalis*, precária ou detenção. Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – III, cit. § 18.

52 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – I, cit. § 40.2.

53 o seu primeiro testemunho é um *rescriptum* do ano 199. vid. Alvaro D'ORS, *o.c.* § 178 2ª Ed.

54 No direito justinianeu utiliza-se também a expressão *longa possessio*. Cf. I. 2,6,7.

*exceptio*⁵⁵ e fundamenta-se, sobretudo, na tolerância, inação ou *longum silentium* que faz presumir a carência do direito de propriedade do demandante⁵⁶. Ademais, na *longi tem poris praescriptio* ter-se-á dispensado, nos primeiros tempos, a *iusta causa* e a *bona fides* do possuidor⁵⁷ que só a partir de Gordiano surgem como requisitos indispensáveis, na expressão *iustum titulum possessionis*. Justiniano manteve a posse durante dez ou vinte anos; substituiu a cidade por província como critério de presença ou de ausência⁵⁸; e reconheceu a faculdade de o possuidor instaurar uma *actio* para recuperar a *res* eventualmente perdida. Importa transcrever a sua *constitutio* do ano 528:

*Si quis emptionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant*⁵⁹

55 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – I, cit. §§ 67.2.4.1 e 72.2.5; e Alvaro D'ORS *o.c.* § 179.

56 Se a *actio* reivindicativa fosse instaurada antes daquele prazo (dez ou vinte anos), o proprietário rompia o silêncio e a presunção era afastada.

57 A *bona fides* não é referida no *rescriptum* de Septímio Severo e Antonino Caracala, do ano 199, conservado nos Papiros de Berlim (*BGU* 1,267); nem nas *Pauli Sententiae* (5,2,5) em que parece ter-se inspirado aquele *rescriptum*. Também o *codex* justinianeu (C. 7,33,1) não afasta esta interpretação.

58 Cf. C. 7,33,12.

59 C. 7,39,8pr.: “Se a título de compra ou de doação ou de outro qualquer contrato alguém tiver possuído de boa fé durante dez ou vinte anos uma coisa e adquirido

Há, aqui, uma referência expressa à *iusta causa* e à *bona fides* na *longi temporis praescriptio* contra o proprietário ou credor hipotecário. Ademais, é particularmente importante que, perdida a *possessio* da *res* por caso fortuito, Justiniano considere que o possuidor pode reivindicá-la porque assim, refere, dispunham as leis antigas. Isto é, o antigo instituto da *longi temporis praescriptio* já se tinha aproximado, antes da época justinianeia, da velha *usucapio*: ambos constituem modos de aquisição de *res* com base na *possessio* com *iusta causa* e na *bona fides* do possuidor.

Por isso, não surpreende que Justiniano tenha realizado a sua fusão⁶⁰, embora as fontes falem de *usucapio* em relação a *res* móveis e reservem a expressão *longi temporis praescriptio* para as *res* imóveis. Só o tempo da *possessio* de *res* móveis foi ampliado para três anos⁶¹. Significativa é igualmente a insistência “*ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio*”⁶².

Resta-nos concluir. A *usucapio* justinianeia depende dos seguintes requisitos:

para si a exceção de largo tempo contra os seus donos ou credores que pretendem a sua hipoteca e depois tiver perdido a posse desta coisa por caso fortuito, ordenamos que também possa ter acção para reivindicar a mesma coisa. Com efeito, se alguém as examinar rectamente, as leis antigas também sancionavam isto”.

60 Cf. C. 7,31,1pr. A fusão é justificada pela supressão do “*nomen et substantiam*” do *ius Quiritium* e pela validade “*in omni logo*” das *exceptiones communes*” de vinte ou trinta anos e das de maior tempo, sendo inútil admitir a *usucapio* nas *res* situadas na Itália e recusá-la nas províncias. Cf. também: D. 18,1,76,1; -44,3,3; - 44,3,9.

61 Cf. C. 7,31,1,2.

62 C. 7,31,1,3: “De que em todos estes casos a tome de boa fé desde o início, segundo o que a *longi temporis praescriptio* exige”.

1. *possessio* da *res* com o *animus* de ser possuída como correspondendo ao exercício de um direito real. Denomina-se *possessio civilis*, *possessio bonae fidei* ou, com maior exactidão, *possessio ad usucapionem*;

2. *tempus*: três anos nas *res* móveis; e dez ou vinte anos nas *res* imóveis, respectivamente, entre residentes na mesma ou diferente província. O tempo devia ser contínuo, porque a interrupção da posse (dita *usurpatio*)⁶³ implicava a sua perda⁶⁴ e tão-pouco o *postliminium* restituía a *possessio* ao antigo possuidor⁶⁵. Todavia, são possíveis a *successio* e a *accessio possessionis*: aquela verifica-se necessariamente numa *hereditas*. O herdeiro adquire-a *ipso iure* com o título e os vícios (*bona* ou *mala fides*) que a *possessio* revestia no *decius*. É uma *possessio* única⁶⁶ e o tempo decorria mesmo durante a jacência da *hereditas*⁶⁷, excepto se, entretanto, a *res* fosse possuída por outrem⁶⁸. Quanto à *accessio* ou faculdade de o adquirente a título particular juntar a sua *possessio* à do anterior possuidor, estamos perante duas *possessiones* cuja conjugação, obra do pretor, foi consagrada numa *constitutio* de Septímio Severo e

63 Cf. D. 41,3,2.

64 Cf. D. 13,7,29; -41,2,39; -41,3,5.

65 Cf. D. 41,3,43; I. 2,6,12.

66 As fontes falam de "*possessionem* (ou) *usucapionem continuare*" e de "*in usucapionem succedere*". Cf. D. 4,6,30pr.; -44,3,11.

67 Cf. D. 41,3,31,5; -41,3,40; -41,3,44,3.

68 Cf. D. 41,3,20; -41,4,6,2.

Antonino Caracala nas relações entre compradores e vendedores⁶⁹ e estendida, no direito justinianeu, a qualquer causa de aquisição⁷⁰. A *accessio*, que permite contar o tempo da posse anterior para efeito de *usucapio*, só funciona, no entanto, se for invocada e depende dum vínculo entre os anterior e actual possuidores, criado por negócio real⁷¹;

3. *res habilis*: é a idoneidade duma *res* para ser usucapida. Não a têm, v.g., as *res extra commercium* (*res sacrae, sanctae, religiosae, publicae*)⁷² por serem insusceptíveis de propriedade; os *quinque pedes* que circundam os *fundi* e constituem o *interlimitare*⁷³; as *res furtivae e vi possessae*⁷⁴; as *res* do Estado (*res fiscales*)⁷⁵ e do *princeps*⁷⁶; os bens que constituem o *peculim* adventício⁷⁷; as *res*

69 Cf. I. 2,6,13: -18,1,76,1.

70 Cf. C. 7,31,1,3.

71 Vid. BONFANTE, *o.c.* 226. Entre nós, a exigência de um vínculo jurídico entre o novo e o antigo possuidor está consagrada no Código Civil (artº. 1256º) que fala de “título diverso da sucessão por morte”. Vid. Manuel RODRIGUES, *A Posse. Estudo de Direito civil Português* 3ª Ed., revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares (Almedina / Coimbra 1980) 252-253

72 Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – I, cit. § 40.2.

73 vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – III, cit., § 2 9ª Ed.

74 Cf. D. 41,3,33,2.

75 Cf. D. 41,3,18; C. 7,30,2; I. 2,6,9.

76 Cf. C. 7,38,3; -11,67 (66), 2.

77 Cf. C. 6,60,1,2; - 6,61,4,3; -7,40,1,2.

de pupilos e menores⁷⁸; os bens dotais⁷⁹; as *res* de ausentes⁸⁰; e as *res* cuja alienação é proibida, como, v.g., as *res litigiosae* e as não susceptíveis de serem legadas⁸¹;

4. *iusta causa*: consiste ou num negócio jurídico que só não permite adquirir a propriedade por sofrer dum vício de fundo (aquisição *a non domino*) ou ser inidóneo (*traditio* em vez de *mancipatio* ou *in iure cessio*) ou numa disposição judicial ou administrativa. Justifica-a a necessidade de afastar a possibilidade de a *possessio* prejudicar direitos alheios⁸²;

5. *bona fides*: é um conceito ético que traduz a exigência de o usucapiente dever comportar-se, quando começa a possuir⁸³, como uma pessoa de bem, isto é, com a

78 Cf. C. 2,41(40),5; -6,61,4; -7,40,2.

79 Cf. C. 5,12,30,2; -6,61,4.

80 Cf. C. 7,35,4.

81 Cf. C. 6,43,3,3.

82 A *iusprudentia* clássica debateu o problema de saber se a *iusta causa* (ou *titulus*) deve efectivamente existir ou basta a simples crença de que existe PAPIANUS (D. 41,8,3) ULPIANUS (D. 41,9,1,4), CELSUS (D. 41,3,27) e PAULUS (D. 41,3,48; -41,4,2pr.; -41,6,1pr.; -41,8,2) defendem que o título deve efectivamente existir. Contra, POMPONIUS (D. 41,10,4,2), AFRICANUS (D. 41,4,11) e NERATIUS (D. 41,10,5,1) entendem que basta a crença de que existe, ou seja, defendem a teoria do título putativo, embora exijam que o erro (de facto, não de direito) deve ser *probabilis* ou *tolerabilis*. O direito justinianeu ter-se-á inclinado para a doutrina do título putativo, mas acentua a importância da *bona fides* e do *tempus*. Vid. BONFANTE, o.c. 269-271.

83 É no início da *possessio* que deve manifestar-se o espírito não lesivo. Há, no entanto, algumas situações especiais: v.g., na compra e venda (*emptio venditio*), que

consciência de que não lesa um direito alheio. Todavia, a *mala fides* superveniente não prejudica: "*mala fides superveniens non nocet*"⁸⁴. Provada a *iusta causa*, a *bona fides* presume-se, pertencendo à parte contrária o *onus probandi* a sua falta⁸⁵.

Entretanto, na época pós-clássica uma *constitutio* de Constantino determinou que "*ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt*"⁸⁶. Trata-se de *possessiones* de quarenta anos, tempo decorrido por qualquer razão: "*spatia qualibet ratione decursa*"⁸⁷. Assim foi criada a *quadraginta annorum praescriptio* que dispensa a *iusta causa* e a *bona fides*.

No ano 424, o imperador Teodósio II reduziu os quarenta a trinta anos, criando uma nova *praescriptio* que desempenha uma dupla função: extintiva (de *actione*); e aquisitiva, sem necessidade de *iusta causa* e de *bona fides*⁸⁸.

Em 491, Anastásio confirma todas as "*temporales exceptiones, quae ex vetere iure vel principalibus*

não transfere o *dominium* e obriga o vendedor a entregar a *res*, o direito justinianeu exige a *bona fides* em dois momentos: no do contrato e no da *tradictio* (D. 6,2,7,16-17; - 41,4,2pr.); e na *usucapio* de filhos de *servae furtivae*, nos momentos da concepção e do nascimento (D. 6,2,11,3; -41,3,18; -41,3,33pr.; C. 7,26,3).

84 Cf. D. 41,1,48,1; -41,10,4.

85 Vid. Alvaro D'ORS, *o.c.* § 173; e Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones* 11ª Ed. (Ariel Derecho / Barcelona 1993) 267.

86 C. 7,39,2: "Não se investigue o início da posse dos que possuíram mais para si do que para outro".

87 Cf. C. 7,39,2.

88 Cf. C. 7,39,3.

decretis descendunt”⁸⁹ e determina que as *actiones* não expressamente compreendidas nessas *exceptiones* prescrevem no prazo de quarenta anos⁹⁰.

No ano 525, Justino estendeu esta *praescriptio* aos possuidores de *res* hipotecadas⁹¹.

Numa *constitutio* de 528, Justiniano mantém a *triginta vel quadraginta annorum praescriptio* e exige a *bona fides* “*ab initio*”, considerando *indignus* quem alcançou a posse de *mala fides*⁹². Ao lado desta *longissimi temporis praescriptio* (também dita *usucapio* extraordinária) persiste a *longi temporis praescriptio* (igualmente denominada *usucapio* ordinária) concedida a quem, com *iusta causa* e de *bona fides*, tivesse a *possessio* durante dez ou vinte anos, vivendo, respectivamente, na mesma ou diferente província⁹³.

Um ano depois (em 529), uma *constitutio* do mesmo Imperador estende a *quadraginta annorum praescriptio* às *res litigiosae*⁹⁴. E, em 530, fixou o prazo de cem anos em relação a *res* doadas ou transmitidas *mortis causa*

89 C. 7,39,4pr.: “Excepções temporais que provêm do antigo direito ou dos decretos dos príncipes”.

90 Cf. C. 7,39,4,1.

91 Cf. C. 7,39,7,1.

92 Cf. C. 7,39,8,1.

93 Cf. C. 7,39,8pr.

94 Cf. C. 7,39,9.

(heranças, legados, fideicomissos) à Igreja, a *piae causae* e a cidades; e a *res* destinadas à redenção de cativos⁹⁵.

Em conclusão, importa destacar que a *iusta causa* da *possessio* e a *bona fides* do possuidor foram exigidas a partir de meados do século III e no direito justiniano, respectivamente na *longi temporis praescriptio* e na *longissimi temporis praescriptio*⁹⁶. Fundida a primeira com a *usucapio* agora dita ordinária e considerada a segunda uma *usucapio* extraordinária, ambas têm, no direito justiniano, a mesma exigência: a *iusta causa* e a *bona fides*.

2. DIREITO PORTUGUÊS

As Ordenações Afonsinas apresentam-nos a prescrição, que a doutrina qualifica de aquisitiva, com base na posse de trinta anos sem título e de má fé como exemplo de pecado e, por isso, mandam observar não o Direito Romano, mas o Direito Canónico segundo o qual “o possuidor de má fé não pode prescrever por nenhum tempo”⁹⁷.

É notória a influência de BARTOLO para quem “*servare legem est inducere peccatum ut quod prescribat possessor malae fidei, et tunc stamus canonibus*”⁹⁸. Urge, todavia,

95 Cf. C. 1,2,23. O actual Código Canónico (*canon* 1511 § 1) mantém o prazo de cem anos em relação a bens imóveis, móveis preciosos e direitos e acções quer pessoais quer reais que pertencem à Sede Apostólica.

96 Assim se denomina a *triginta vel quadraginta vel centum annorum praescriptio*. Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – III, cit. § 7.2.8.

97 Cf. O.A. II,9,1.

98 BARTOLO, *Ad primum lib. codicis. De sacrosanct. eccle. Lex XII privilegia* em *Omnium Iuris Interpretum Antesignani Commentaria. Tomus Septimus (Venetiis*

esclarecer: a *praescriptio* de trinta anos sem necessidade de *iusta causa* da posse e de *bona fides* do possuidor data do ano 424, quando Teodósio II reduziu o tempo da *quadraginta annorum praescriptio* consagrada, como vimos, numa *constitutio* de Constantino. Não se trata da *praescriptio* do direito justinianeu referida na *constitutio* do ano 528, porque exige a *bona fides* do possuidor e considera *indignus* quem obteve a *possessio* de *mala fides*.

A diferença que separa os Direitos Romano e Canónico e faz considerar a solução daquele pecaminosa é só esta: enquanto o Direito Romano só exige a *bona fides* do possuidor no momento em que inicia a *possessio* e vigora o princípio *mala fides superveniens non nocet*⁹⁹, o Direito Canónico não a dispensa durante todo o tempo da posse: “*Nulla valet praescriptio, nisi bona fide nitatur, non solum initio possessionis, sed toto possessionis tempore ad praescriptionem requisito*”¹⁰⁰.

Esta exigência desapareceu nos Códigos Civis de 1867¹⁰¹ e de 1966¹⁰² que, assim, aproximaram o nosso Direito do

1590): “Observar a lei (o Direito Romano) é incorrer em pecado, como (no caso em) que o possuidor de má fé prescreve e, então, respeitamos os cânones (o Direito Canónico)”. Vid. Nuno J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na História do Direito Português* na RFDL XII (1958) 185-187; e Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Romanismo e Bartolismo no Direito Português* no BFDC XXXVI (1960) 32 e *História do Direito Português* 3ª Ed. (Almedina / Coimbra 2000) 312.

99 Cf. D. 41,1,48,1; -41,10,4. Vid. Alvaro D’ORS, *o.c.* § 173.

100 Código de Direito Canónico (*canon* 1512): “Nenhuma prescrição vale a não ser que haja boa fé não só no início da posse, mas em todo o tempo de posse que se requer para a prescrição”. Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano* – III, cit. § 7.2.7 41ª Ed.

101 Cf. artº. 520º.

102 Cf. artº. 1260º. nº. 1

Direito Romano. Mas não só: há outras marcas que permitem caracterizar a nossa usucapião como um instituto vincadamente romano. Basta observar a presunção de boa fé na posse titulada¹⁰³; a admissão da sucessão e da acessão facultativa da posse¹⁰⁴; o afastamento do título putativo¹⁰⁵; etc. Quanto à usucapião sem registo de título e de má fé¹⁰⁶, é notória a influência da *quadraginta annorum praescriptio* consagrada por Constantino e reabsorvida na *triginta annorum praescriptio* de Teodósio II. A aproximação imediata ao *Code Civil* francês¹⁰⁷ não a afasta o que, aliás, não surpreende por se tratar dum código de forte inspiração romanística¹⁰⁸.

Finalmente, o romanismo é perpetuado pela própria terminologia (usucapião e prescrição aquisitiva) consagrada na legislação¹⁰⁹ e na doutrina¹¹⁰.

103 Cf. artº. 1260º. nº. 2

104 Cf. artº. 1256º.

105 Foi a doutrina dominante defendida na época clássica. Vid. *supra*, nota 82.

106 Cf. artº. 1296º.

107 Cf. artº. 2262º.

108 Vid. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e O Direito Ibero-Americano* no *BFDC* LXXI (1995) 30-35 E 46-47.

109 Cf. O.A. II,9,1; O.F. IV,3,1; e o artº. 505º. Do Código Civil de 1867.

110 Vid. Manuel António COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* II 8ª Ed. (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa 1917) §§ 454 a 464; Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica* II 3ª Ed. (Livraria Almedina / Coimbra 1972) 445; e José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais* 5ª Ed. (Coimbra Editora / 2000)

ABREVIATURAS

- BFDC* *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Coimbra)
- C.* *Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis*, vol. II, ed. Paulus KRÜGER, 11^a. ed., Berlim 1954)
- D.* *Digesta (Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. Theodorus M O M M S E N - P a u l u s KRÜGER, 16^a. ed., Berlim 1954)
- O Direito* *O Direito* (Lisboa)
- FIRA* *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, 2^a. ed. (Florença) I (*Leges*, ed. S. RICCOBONO, 1941), II (*Auctores*, ed. I. BAVIERA et I. FURLANI, 1940), III (*Negotia*, ed. V. ARANGIO-RUIZ, 1943)
- FV.* *Fragmenta Vaticana (FIRA II, 461 ss.)*
- GAIUS* *Gai. Institutionum Commentarii Quattor* (ed. Bernhard KÜBLER, 8^a. ed., Lúpsia 1935; *FIRA II, 3ss.*)
- I.* *Institutiones Iustiniani (Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. Paulus KRÜGER, 16^a. ed., Berlim 1954)
- O.A.* *Ordenações Afonsinas* (Fundação C. Gulbenkian / Lisboa 1999)

- O.F.* *Ordenações Filipinas* (Fundação C. Gulbenkian / Lisboa 1985)
- RFDL* *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (Lisboa)
- RXUSC* *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* (Santiago de Compostela)
- Studia Iuridica* *Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Coimbra)