

A base romanista do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)

António dos Santos Justo*

1. Considerações gerais

Apreciando comparativamente os direitos privados brasileiro e português, Guilherme BRAGA DA CRUZ observou que “*a nação brasileira oferece-nos, ainda hoje, um sistema jurídico-privado mais próximo da velha tradição portuguesa, muito mais liberto de influências estrangeiras, que o próprio sistema jurídico vigente em Portugal*”¹. O Mestre da nossa História Jurídica tinha comparado algumas figuras jurídicas, de que destacamos o contrato que, em Portugal, transfere só por si a propriedade das coisas, enquanto, no direito brasileiro, cria a obrigação de a transferir, ou seja, gera efeitos reais e obrigacionais, respectivamente, em Portugal e no Brasil².

O âmbito deste estudo não consente que desenvolvamos estes temas com a necessária amplitude. Por isso, limitar-nos-emos a apreciar o efeito do contrato na transferência da propriedade e alguns direitos reais: o direito de propriedade, o direito de usufruto, o direito de uso e habitação, o direito de superfície e o direito de servidão predial. No fim, faremos uma referência sintética à posse.

2. Transferência da propriedade por via contratual

Como observou BRAGA DA CRUZ, o legislador português desviou-se da nossa tradição jurídica quando, em 1867, foi promulgado o primeiro Código Civil. Até aí, na longa vigência das diversas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), o contrato de compra e venda criava a obrigação de o vendedor entregar ao comprador a coisa vendida, conservando o seu domínio até à *traditio*. Com a devida vénia, transcrevemos:

Ord. Afonsinas, IV,42,2: “*E se o senhor da cousa a vendesse a hum, e recebesse delle o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outro,*

* Professor Catedrático da Universidade de Coimbra

1 Vide Guilherme BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro em Scientia Iuridica IV (Scientia & Ars Editorial / Braga, 1954-1955)* 256 e 259-260; e Orlando GOMES, *Direitos reais*¹⁹, atualizada por Luiz Edson Fachin (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2004) 158.

2 Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais* (Coimbra Editora / Coimbra, 2007) 273-275.

e lha entregasse logo, recebendo delle o preço, ou havendo-se delle por pago, este segundo comprador seria feito verdadeiro senhorio della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou pola compra da dita coisa, com seu interesse, pois que o delle recebo por compra da dita cousa, e nom lha entregou, vendendo-a a outrem, que della fez senhor, pola entrega que lhe della fez”.

Ord. Manuelinas IV,7,28: *“E se o senhor da cousa a vendesse a alguê, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outro, e lha entregasse, e recebendo delle o preço, ou avendo-se delle por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro que lhe pagou por a compra da dita cousa com seu interesse, pois lhe non entregou a cousa que lhe vendeo, de que recebo o dinheiro, e a vendeo a outrem, e o fez della senhor pola entrega que lhe della fez...”*

Ord. Filipinas IV,7pr.: *“Se o que fôr senhor de alguma cousa, a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega della será della feito verdadeiro senhor, se della pagou o preço, por que lhe foi vendida, ou se houve o vendedor por pago della, porque concorrendo assi na dita venda entrega da cousa e paga do preço, o fazem ser senhor della”.*

Ord. Filipinas IV,7,2: *“E se o senhor da cousa a vendesse a alguê, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem, e lha entregasse, recebendo delle o preço, ou havendo-se delle por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor della, e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro, que lhe pagou por a compra da dita cousa com seu interesse, pois lhe não entregou a cousa, que lhe vendeu, e a vendeu a outrem, e o fez della senhor pela entrega que lhe della fez”.*

Verifica-se, nas três Ordenações, uma sintonia perfeita: o vendedor obriga-se a entregar a coisa vendida, e a sua propriedade só se transfere com entrega.

No entanto, embora o vendedor conserve o direito de propriedade antes da entrega da coisa vendida, o risco onera o comprador. Eis o que nos dizem aquelas Ordenações:

Ord. Afonsinas, IV,46pr.: *“Tanto que a venda de todo he perfeita³, toda a perda e perigo, que d’hi em diante acontecer acerca della, sempre pertence ao comprador, ainda que a dita perda e dapno acontecesse, ante que lhe a dita cousa fosse entregue”.*

³ É perfeita a venda que “seja feita puramente, e sem alguã condiçom”: Ord. Afonsinas, IV,46,1.

Ord. Manuelinas IV,31pr.: “*Tanto que a venda de qualquer cousa he de todo perfeita, toda perda e periguo que di em diante acerca della aconteça sempre acontece ao comprador, ainda que a dita perda e dano acontecesse ante que lhe a cousa seja entregue*”⁴.

Ord. Filipinas, IV,8pr.: “*Tanto que a venda de qualquer cousa he de todo perfeita, toda a perda e perigo, que dahi em diante acerca della aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça, antes que a cousa seja entregue*”⁵.

Observa-se que as sucessivas Ordenações se limitam a repetir as anteriores, com uma alteração apenas: a ortografia das suas épocas.

Comentando estes preceitos, Pascoal José de MELLO FREIRE, quiçá o maior juriconsulto português do século XVIII e um dos nossos maiores civilistas de todos os tempos⁶, destaca que os elementos da compra e venda são o consenso, a coisa certa e o preço⁷; e afasta a tradição da coisa e o pagamento do preço, a escritura e as arras (sinal), “*porquanto a venda é perfeita e a obrigação nasce para ambos os contraentes, logo que eles acordam em vender certa coisa por certo preço*”. E continua: “*O vendedor, embora seja obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida, retém, todavia, o domínio dela até à tradição*”; por isso, “*se o vendedor, uma vez que é o senhor da coisa até à sua tradição, a vender a dois, tem a preferência aquele a quem ela foi entregue*”⁸.

Depois, escrevendo sobre o risco, MELLO FREIRE observou que pertence ao comprador porque, *embora o vendedor retenha o seu domínio até à tradição, como, todavia, é devedor da espécie, liberta-se com o perecimento desta*. E, concluindo, refere que “*esta regra do direito natural e romano foi seguida nas (nossas) Ordenações*”⁹. Como iremos ver, trata-se efectivamente duma marca romana.

4 Continua a considerar-se perfeita a venda “*feita puramente sem ninhua condição*”: Ord. Manuelinas, IV,31,1.

5 De novo se considera perfeita a venda “*feita puramente sem condição alguma*...”: Ord. Filipinas, IV,8,1.

6 Nas palavras de ALMEIDA COSTA, Pascoal José de Mello Freire foi um jurista de “*excepcional envergadura* (que) *só por si marca uma época*”; e refere que o famoso advogado Manuel de ALMEIDA SOUSA (LOBÃO) lhe chamou “*o grande, e nunca assaz louvável Papiniano deste reino*”. Vide Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do direito português*³, reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000) 379.

7 Vide Pascoal José de MELLO FREIRE, *Instituições de direito civil português IV*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses, no *BMJ* 168 (Julho, 1967) 64.

8 Vide MELLO FREIRE, *o.c.* 66.

9 Vide MELLO FREIRE, *o.c.* 68.

Em sintonia perfeita com estas observações, vemos, no século XIX, Manuel António COELHO DA ROCHA, civilista com lugar igualmente destacado na galeria dos nossos notáveis juriconsultos¹⁰, definir a compra e venda como “o contrato, pelo qual uma pessoa se obriga a entregar certa coisa a outra, recebendo d’esta um preço determinado”¹¹; e ensinar que “na venda pura a propriedade da coisa vendida sómente passa para o comprador desde a entrega” e “portanto, se o mesmo vendedor a vendeu a outro, prefere aquelle que primeiro a recebeu, pagando o preço”¹².

O Autor nota ainda que “a transferência do domínio somente se diz perfeita pelo acto posterior da tradição” e que “geralmente todos os outros códigos allemães, adoptaram as disposições do direito romano”, mas “o Cod. Civ. Fr. art. 1583, e outros, que o tomaram por modelo, estabeleceram que a propriedade passava para o comprador em virtude do contracto, independente da entrega”, sendo esta “também geralmente a opinião dos escriptores do direito natural”¹³.

Porém, se a doutrina portuguesa está fortemente consolidada pelos vários séculos de história da figura da compra e venda, importa não ignorar que o afastamento da nossa tradição por parte do Visconde de Seabra, não constitui solução absolutamente estranha. Já COELHO DA ROCHA referiu que “em taes contractos entre nós, quando são feitos por escripto, costuma geralmente inserir-se a declaração de que o vendedor transfere desde logo ao comprador todo o domínio” e “esta clausula não é uma simples redundância tabelliôa; tem o effeito importante de não deixar o domínio para a tradição o qual se deve attender e respeitar”¹⁴.

E, lendo José Homem CORRÊA TELLES, cuja obra constitui outra referência importante¹⁵, observamos que: “adquirimos a propriedade das cousas pela compra”¹⁶; e que “tanto que a venda é perfeita, a perda ou

10 ALMEIDA COSTA, o.c. 468, refere que as suas Instituições “vieram, de facto, ao encontro da necessidade de um livro actualizado que substituisse o de Mello Freire” e “devem considerar-se, ao lado do compêndio de Mello Freire, uma das obras de referência da história do direito português”.

11 Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez* II⁸ (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917) 547.

12 Vide COELHO DA ROCHA, o.c. 556.

13 Vide COELHO DA ROCHA, o.c. 649.

14 Vide COELHO DA ROCHA, o.c. 649-650.

15 Vide ALMEIDA COSTA, o.c. 467².

16 Cf. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto portuguez ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e administrar, de a transferir por derradeira vontade, para servir de subsidio ao novo código civil* (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1846) n.º 182.

proveito, que sobrevem à cousa vendida, ainda que não tenha sido entregue, é por conta do comprador”¹⁷; e que “*como a compra é imperfeita, em quanto se não fez a escritura ou escrito, que as partes ajustarão fazer; tambem o perigo ou perda da cousa é por conta do vendedor, em quanto a escritura se não faz*”¹⁸.

Parece haver, aqui, alguma influência do Código de Napoleão ou da Escola do Direito Natural Racionalista em que se inspirou¹⁹, embora os ventos de França não tenham trazido solução inédita. Certo é que António Luís de Seabra, jurisconsulto distinto disputado por brasileiros e portugueses que o consideram, respectivamente, brasileiro e português²⁰, consagrou, no primeiro Código Civil de Portugal, a compra e venda com o efeito de transferir a propriedade: “*nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferencia da propriedade opera-se entre os contraentes, por mero effeito do contracto, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo acordo das partes em contrário*”²¹.

Esta solução, apesar de não ser inteiramente estranha ao direito português que a tinha preparado pela via consuetudinária, não foi seguida no direito brasileiro²² que, mesmo depois da independência do Brasil, continuou a ter por fonte as Ordenações Filipinas (cuja vigência foi mantida por força da Lei de 20/10/1823), filtradas pela famosa *Consolidação das Leis Civas* de Augusto TEIXEIRA FREITAS, “*um dos maiores jurisconsultos da latinidade moderna*, nas palavras de Orlando de CARVALHO²³, “o Cujácio brasileiro”, afirmação de CÂNDIDO MENDES²⁴, e o “*grande lidador*” ou “*um génio*”, como lhe chamou José Gomes B. CÂMARA²⁵.

17 Cf. CORRÊA TELLES, *o.c.*, n.º 339.

18 Vide CORRÊA TELLES, *o.c.*, n.º 336.

19 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 649.

20 António Luís de Seabra, Visconde de Seabra, terá nascido em 2/12/1798, por alturas de Cabo Verde, a bordo da nau Santa Cruz que transportava os seus pais para o Brasil. Foi baptizado no Rio de Janeiro em 5/2/1799, facto que motivou a crença da sua naturalidade brasileira. Vide SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o direito ibero-americano no BFDC LXXI (1995) 40*⁴¹.

21 Cf. art.º 715.º.

22 Cf. arts. 1226 e 1227. Vide Orlando GOMES, *o.c.* 158-160.

23 Vide Orlando de CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no BFDC LX (1984) 3 e 5*.

24 Vide CÂNDIDO MENDES *apud* Silvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do império. Vida e obra*2 (Brasília, 1983) 179.

25 Vide José Gomes B. CÂMARA, *Subsídios para a história do direito pátrio* III (Rio de Janeiro, 1966)100.

A “inovação” portuguesa foi motivo de debate por vezes ácido que justifica, em grande parte, a diversidade de sistemas que separam os nossos ordenamentos jurídicos²⁶: o do título²⁷, consagrado no direito português que se escora na corrente do jusracionalismo e se foi infiltrando por via consuetudinária; e o do título e do modo²⁸ acolhido no direito brasileiro que se apoia na tradição jurídica lusitana e na Pandectística em que se enquadra TEIXEIRA DE FREITAS²⁹.

Porém, os pontos comuns que ligam os nossos direitos são largamente dominantes, como iremos ver.

3. O direito de propriedade

O direito de propriedade traduz-se, no direito português, no gozo “*de modo pleno e exclusivo, dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que (ao proprietário) pertencem, dentro dos limites da lei*”³⁰. No direito brasileiro, é a faculdade que o proprietário tem de “*usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*”³¹; e “*deve ser exercido em consonância com as suas finalidades económicas e sociais*”, preservando, “*de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o património histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*”³².

Considerando que as limitações expressas no código brasileiro cabem nas limitações legais consagradas no código português, e que o direito de reaver a coisa é o principal objectivo da acção de reivindicação, restam-nos as faculdades de usar, gozar e dispor (direito brasileiro)³³; e de usar, fruir e dispor (direito português). Se considerarmos que o gozo compreende a fruição, teremos a célebre fórmula romana *uti, frui, habere et possidere*³⁴, e se acrescentarmos as limitações legais (presentes e futuras), estaremos

26 Vide SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão*, cit. 51-52; e *O direito luso-brasileiro: codificação civil no BFDC LXXIX* (2003) 6-8.

27 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 33104 e os Autores aí citados.

28 Vide a nota anterior.

29 Vide Orlando de CARVALHO, *o.c.* 73.

30 Cf. art. 1305º.

31 Cf. art. 1228º.

32 Cf. art. 1228 § único.

33 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 113-114.

34 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (Direitos reais)* em *Studia Iuridica* 26 (1997) 29.

perante a famosa definição que BÁRTOLO elaborou a partir dos textos romanos: a propriedade é o “*ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*”³⁵.

Importa, no entanto, referir alguns exemplos de limitações determinadas por interesses públicos e particulares³⁶.

No direito brasileiro, observa-se:

1. A proibição de actos “*que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*”³⁷;
2. A possibilidade de o proprietário “*ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente*”³⁸;
3. O direito que o proprietário de um prédio tem “*de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha*”³⁹;
4. O direito que o proprietário tem “*de exigir ao dono do prédio vizinho a demolição ou a reparação, quando ameace ruína, bem como lhe preste caução pelo dano iminente*”⁴⁰;
5. As raízes e os ramos de árvore “*que ultrapassem a estrema do prédio poderão ser cortadas até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido*”⁴¹;
6. Os “*frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular*”⁴².

Também no direito português se consagram:

1. A figura do abuso do direito que impede um proprietário de, sem interesse justificativo, prejudicar os interesses dos outros⁴³;

35 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 16.

36 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 123-131 e 141-156; e SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit.229-252.

37 Cf. art. 1228 § 2º.

38 Cf. art. 1228 § 3º.

39 Cf. art. 1277.

40 Cf. artº. 1280.

41 Cf. art. 1283.

42 Cf. art. 1284.

43 Cf. art. 334º.

2. A expropriação e a requisição por interesse público⁴⁴;
3. A proibição de, num prédio, se emitirem fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, trepidações com prejuízo substancial para o prédio vizinho ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam⁴⁵;
4. A proibição de construir ou manter obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas que possam ter efeitos nocivos sobre o prédio vizinho⁴⁶;
5. A faculdade de o dono do prédio vizinho exigir que o responsável por danos, que se teme poderem ser causados por um edifício em perigo de ruir, tome as providências necessárias para eliminar o perigo⁴⁷;
6. A faculdade de o dono de prédio vizinho arrancar e cortar as raízes, tronco ou ramos que propenderem para o seu prédio, se o dono da árvore não o fizer dentro de três dias depois de ser rogado judicial ou extrajudicialmente⁴⁸.

São limitações que assinalam um estatuto comum à propriedade no Brasil e em Portugal.

Perguntar-se-á: porquê tanta coincidência ?

A resposta é simples: porque, desde a descoberta do Brasil até à sua independência, o direito foi um só; e não se tornou diferente posteriormente. Esse direito foi introduzido pelos Portuguesas no Brasil e aí permaneceu ora mais ora menos fiel à nossa tradição jurídica cuja base se encontra no direito romano, onde encontramos praticamente as mesmas limitações.

Há, no entanto, aspectos diversificados que reclamam uma referência.

Mais perto dessa tradição encontra-se a caução por dano iminente no código brasileiro⁴⁹. Trata-se da *cautio damni infecti* que, no direito romano, acautelava os eventuais danos causados pela queda de um edifício, obra ou árvore em ruínas⁵⁰. O código português silenciou esta referência⁵¹ porque admite outras medidas.

44 Cf. arts. 1308º, e 1309º.

45 Cf. art. 1346º.

46 Cf. art. 1347º.

47 Cf. art. 1350º.

48 Cf. art. 1366º.

49 Cf. art. 1280.

50 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (Direitos reais)*, cit 117-122.

51 Cf. art. 1350º.

Todavia, o código brasileiro está mais longe quando atribui a propriedade dos frutos caídos em terreno vizinho ao dono deste, tratando-se de propriedade de particular⁵². Na *ratio* desta disposição encontra-se a necessidade de compensar os danos causados pela queda dos frutos, mas importa destacar a sua fragilidade: nem sempre haverá danos; e pode sempre questionar-se o modo de aquisição da propriedade de frutos caídos e adquiridos pelo vizinho por efeito de causas naturais como a chuva, o vento ou a maturação. O Código civil italiano consagra a mesma solução, mas não falta, na doutrina italiana, quem entenda que não se aplica este regime quando os frutos caíam em consequência de factos estranhos à vida do fruto, como em resultado do vento ou da chuva e não da sua completa maturação⁵³.

O direito português está, aqui, mais perto da tradição romanista: o dono da árvore pode exigir que o proprietário do prédio vizinho lhe permita fazer a apanha dos frutos aí caídos, embora apenas se não for possível fazê-la do seu lado e respondendo por eventuais danos causados⁵⁴. Também o direito romano permitia ao dono da árvore penetrar, no *fundus* vizinho, em dias alternados, para aí colher os frutos caídos⁵⁵.

Quanto aos modos de aquisição do direito de propriedade, encontramos, ressaltando a via contratual, os mesmos nos direitos português a brasileiro, com uma ou outra diferença. Para não perdermos muito tempo, destacamos apenas dois institutos jurídicos de origem romana:

a) avulsão: no direito brasileiro, o proprietário do prédio, cuja porção de terra se destacada violentamente e se junta a outro pode reclamá-la no prazo de um ano, se o proprietário do terreno acrescentado não a quiser adquirir, pagando a correspondente indemnização⁵⁶. Decorrido esse prazo, dá-se a acessão: o proprietário do terreno acrescentado adquire, sem indemnização, a terra deslocada⁵⁷.

O direito português consagra outra solução: dá ao dono da terra deslocada o direito de exigir que lhe seja entregue no prazo de seis meses; não exercendo este direito, o dono do terreno acrescentado adquire a sua propriedade por acessão⁵⁸.

52 Cf. art. 1284.

53 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 249¹²⁴¹.

54 Cf. art. 1367º.

55 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* - III (*Direitos reais*), cit. 34.

56 Cf. art. 1251.

57 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 179-180.

58 Cf. art. 1329º. nº. 1.

Ou seja, enquanto o direito brasileiro concede ao proprietário do terreno acrescentado o direito de optar entre adquirir a terra deslocada ou permitir que esta seja retirada⁵⁹, o direito português concede ao proprietário da terra deslocada o direito de a recuperar no prazo de seis meses, decorrido o qual é adquirida pelo dono do terreno acrescentado, sem qualquer indemnização.

Além desta diferença que afasta os nossos regimes jurídicos, observa-se que há, nos dois direitos, um prazo durante o qual a terra deslocada pode ser recuperada: um ano, no direito brasileiro; seis meses, no direito português.

Perguntar-se-á: porquê?

A resposta foi dada pelo jurisconsulto romano ALFENUS: “*só se pode reivindicar a terra que não se tenha juntado ou unido à outra terra*”, como “*tão-pouco se pode reivindicar a árvore que, deslocada para o meu campo, lançou raízes na minha terra*”⁶⁰. Esta solução, igualmente defendida por GAIUS⁶¹ e definitivamente consagrada no direito justinianeu⁶² compreende-se se distinguirmos o mero contacto (*positio*) e a união física (*coalitio*): esta verifica-se quando a vegetação do prédio acrescentado se estende à terra deslocada, constituindo como que um cimento que une fisicamente as duas terras: a deslocada e a acrescentada. Ora o enraizamento dessa vegetação decorre durante algum tempo, depois do qual a separação não é possível e, portanto, o dono do prédio acrescentado pode adquirir a terra deslocada por avulsão.

b) tesouro: no direito brasileiro, “*o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória, será dividido por igual entre o proprietário do prédio e o que achar o tesouro casualmente*”⁶³. Esta solução está também consagrada no direito português que exige, no entanto, que o achador anuncie o achado excepto se foi escondido ou enterrado há mais de vinte anos⁶⁴. O Código brasileiro exige apenas que “*não haja memória*” do dono, enquanto a lei portuguesa fixou um prazo de vinte anos, findos os quais o tesouro se considera *res nullius* e, portanto, susceptível de aquisição por ocupação.

No direito romano, o tesouro foi sucessivamente definido como “*o depósito antigo de dinheiro, do qual não há memória*”⁶⁵ e como “*coisas móveis guardadas*

59 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 179-180.

60 Cf. D. 39,2,9,2.

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

62 Cf. I. 2,1,21.

63 Cf. art. 1264. Vide Orlando GOMES, *o.c.* 202-204.

64 Cf. art. 1324º. nº. 2.

65 Cf. D. 41,1,31,1.

em tempo remoto por donos desconhecidos”⁶⁶, definições que, conciliadas, permitem defini-lo como qualquer objecto móvel valioso, escondido em tempo imemorial, que deixou de ter proprietário⁶⁷. E considerava-se *res nullius* não por ter sido abandonado pelo proprietário, mas porque o tempo fez desaparecer o *dominus*. A repartição em partes iguais do tesouro pelo dono da coisa onde foi encontrado e pelo achador é uma solução do imperador Adriano que, variando ao longo do tempo de acordo com os apetites do fisco, foi definitivamente consagrada no direito justiniano⁶⁸ que considerou ainda irrelevante que fosse posto a descoberto pelo homem ou por forças naturais⁶⁹.

Pode, portanto, concluir-se que o mesmo regime jurídico que se encontra nos direitos português e brasileiro se justifica pela sua base comum: o direito romano.

Importa, no entanto, auscultar as nossas Ordenações.

As Afonsinas fazem referência a um “*custume antigo*” segundo o qual “*hu quer que fosse achado thesouro em nosso Regno, todo era nosso*”; porém, “*querendo fazer graça espicial aos nossos sobgeitos, estabelecemos, que se alguû thesouro achar em seu agro, ou em sa herdade ascondido dos Senhores, que se nom possa saber, aquel, que o achar, aja as duas partes, e Nos a terça; e se em nossa herdade, ou em lugar pruvico d’algûa Cidade, ou Villa, ou reccio delles thesouro for achado per qualquer, Nos ajamos as duas partes delle, e o achador a terça*”; e “*se em herdade doutrem for achado, a terça parte seja nossa, e a terça do Senhor da herdade, e a terça do achador em esta maneira*”⁷⁰.

E as Ordenações Filipinas limitam-se a dispor que “*todos os bens vagos, a que não he achado senhor certo*” são direitos reais, ou seja, segundo COELHO SAMPAIO, “*direitos que pertencem ao Summo Imperante, e como tal, e como representante da Sociedade*”⁷¹. No mesmo sentido, o Decreto nº. 2433 de 15 de Junho de 1859 dispôs que são bens vagos “*os moveis e de raiz a que não he achado senhorio certo*”⁷².

Por isso, MELLO FREIRE pôde observar que “*o tesouro é bem contado entre os bens vacantes, e até só por esta causa pertence ao fisco*” e justifica esta

66 Cf. C. 10,15,1.

67 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem*. 56.

68 Cf. C. 10,15,1.

69 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem*. 59.

70 Cf. II,7,5.

71 Vide COELHO SAMPAIO *apud* Ordenações Filipinas II, 440⁽¹⁾.

72 Cf. artº. 11. nº. 1.

solução recorrendo ao direito das gentes acolhido entre os povos germanos, em Castela e em Portugal”. Todavia, informa que “*a Rainha reivindicou para si umas moedas de oiro de imperadores romanos achadas em local particular do Reino do Algarve, mas as pagou ao achador por mais do seu justo valor*”⁷³.

Porém, mais tarde, COELHO DA ROCHA escreve que o tesouro “*pertence ao inventor, todo, se foi achado em terreno próprio; ou a metade, se foi em terreno alheio ou publico; a outra metade compete ao dono do terreno, ou ao Estado*”. E, em abono desta solução, o Autor invoca a doutrina do direito romano, “*ainda que Mello (Freire) os adjudique ao Rei, fundado (no texto das Ordenações Filipinas) que está hoje derogado pelo Decr. de 13 de Agosto de 1832, art. 1*”⁷⁴.

Pode, assim, concluir-se que também o nosso direito evoluiu ao sabor dos apetites régios. Mas acabou por se impor a velha solução romana que os actuais direitos português e brasileiro conservam.

4. Direito de usufruto

O direito de usufruto é definido, no Código Civil português, como “*o direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância*”⁷⁵. Por sua vez, o Código Civil brasileiro limita-se a referir o objecto e âmbito desse direito, a determinar os direitos e deveres do usufrutuário e a fixar as causas da sua extinção. Diferentemente do Código português, não define o usufruto, revelando que o legislador brasileiro foi sensível à sábia advertência do jurisconsulto romano IAVOLENUS de que “*em direito civil toda a definição é perigosa*”⁷⁶, advertência que encontrou eco em LACERDA DE ALMEIDA e em Orlando GOMES quando referem que o usufruto “*não pode ser definido e determinado pelos direitos que o constituem*”⁷⁷.

Por isso, o legislador brasileiro evitou a crítica à referência ao gozo de *direito alheio* na definição portuguesa. Com efeito, tendo os direitos reais consagrados na lei civil por objecto coisas corpóreas, o princípio da coisificação⁷⁸ não se concilia com uma coisa não corpórea, como sucede com um direito. Deste modo, enquanto a doutrina portuguesa diverge entre quem

73 Vide MELO FREIRE, *o.c.* no *BMJ* 165 (Abril, 1967) 62.

74 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 292.

75 Cf. art. 1439º.

76 Cf. D. 50,17,202.

77 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 333.

78 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 26.

considera que se trata de um usufruto irregular⁷⁹ e de um direito de crédito sob o *nomen iuris* de usufruto⁸⁰, a doutrina brasileira não está condicionada por definição alguma, embora o problema não lhe seja estranho⁸¹.

Percorrendo o Código civil brasileiro, observam-se algumas marcas que caracterizam o regime jurídico do usufruto: o usufrutuário “*tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos*”⁸²; o usufruto é um direito que “*não se pode transferir por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso*”; o usufruto extingue-se “*pela renúncia ou morte do usufrutuário*”⁸³; etc.

E se seguirmos o Código civil português, encontraremos a mesmas marcas: “*o usufrutuário pode usar, fruir e administrar a coisa ou o direito como faria um bom pai de família, respeitando o seu destino económico*”⁸⁴; o usufrutuário “*pode trespassar a outrem o seu direito, definitiva ou temporariamente, bem como onerá-lo*”⁸⁵, mas o usufruto “*não pode exceder a vida do usufrutuário*”⁸⁶; e extingue-se “*por morte do usufrutuário*”⁸⁷ e por renúncia⁸⁸.

Analisando estes aspectos do regime jurídico do usufruto em Portugal e no Brasil, logo se conclui que a expressa referência, feita no código português, à não alteração da forma ou substância⁸⁹ e à obrigação de o usufrutuário actuar como um bom pai de família, respeitando o destino económico da coisa usufruída⁹⁰ não o afasta do direito brasileiro que, embora não refira expressamente o princípio romano *salva rerum substantia*, não deixou de proibir a mudança de “*destinação económica*”⁹¹, de exigir caução que garanta

79 Vide Luís A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*³ (*Quid Juris* / Lisboa, 2001)385.

80 Vide José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Reais*⁵ (reimpressão) (Coimbra Editora / Coimbra, 2000) 478-479; e António MENEZES CORDEIRO, *Direitos reais* (*Lex* / Lisboa, 1993) 662.

81 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 339-340.

82 Cf. art. 1394.

83 Cf. art. 1410 – I.

84 Cf. art. 1446º.

85 Cf. art. 1444º. nº. 1.

86 Cf. art. 1443º.

87 Cf. art. 1476º. nº. 1 a).

88 Cf. art. 1476º. nº. 1 e).

89 Cf. art. 1439º.

90 Cf. artº. 1446º.

91 Cf. artº. 1.399.

a conservação e restituição⁹², de obrigar o usufrutuário “*a dar ciência ao dono de qualquer lesão*”⁹³ e de fazer as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu⁹⁴.

Nota-se igualmente no Código brasileiro a preocupação de afirmar que o usufruto não é alienável, mas, sim, o seu exercício. É também a posição inequivocamente consagrada, embora não de forma expressa, no Código português quando, por um lado, permite o trespasse do usufruto, mas, por outro lado, proíbe a sua transmissão *mortis causa*, afirmando que “*não pode exceder a vida do usufrutuário*”⁹⁵.

Há, no entanto, duas diferenças que merecem uma referência:

1. Se o prédio onde o tesouro for descoberto estiver sujeito ao direito de usufruto, no direito português o tesouro não aproveita ao usufrutuário, mas ao proprietário: aquele só terá direito a metade, se for o achador⁹⁶. Todavia, no direito brasileiro o usufrutuário “*tem direito à parte do tesouro achado por outrem*” se o “*usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens*”⁹⁷. Dir-se-á que o legislador português foi coerente, atendendo ao facto de o tesouro não se poder considerar fruto: não é coisa produzida periodicamente por outra⁹⁸ e, por isso, não cabe no direito de fruição atribuído ao usufrutuário⁹⁹.

Se olharmos agora para o direito romano, observar-se-á que o usufrutuário não tem direito a metade do tesouro porque, nas palavras de ULPIANUS, “*não se computará nos frutos*”¹⁰⁰. Pode, assim, concluir-se que o direito português está mais próximo do direito romano do que o direito brasileiro.

Mas que dirá a nossa tradição jurídica ?

As Ordenações são lacunosas e a doutrina parece resolver o problema com base na definição romana de que o usufruto “*é o direito de usar e fruir as coisas alheias, sem alterar a sua substância*”, nas palavras de MELLO

92 Cf. art. 1.400.

93 Cf. art. 1.406.

94 Cf. art. 1403 -I.

95 Cf. art. 1443°.

96 Cf. art. 1461°.

97 Cf. art. 1392 § 3°. Contra, Orlando GOMES, *o.c.* 204, para quem “*se o terreno é objecto de usufruto, o usufrutuário não terá direito à metade do tesouro casualmente encontrado por outrem. Esse direito cabe ao nu proprietário*”.

98 Cf. art. 212°. n°. 1.

99 Cf. art. 1446°.

100 Cf. D. 24,3,8,12.

FREIRE¹⁰¹. Mais clara é a posição de COELHO DA ROCHA que, invocando também o direito romano, refere que ao usufrutuário “*não competem os thesouros, por não serem fructos*”¹⁰².

Uma conclusão se impõe: sendo as lacunas do direito português integradas pelo recurso ao direito romano¹⁰³, a nossa tradição jurídica não podia ter outro sentido do qual o direito brasileiro se afastou para responder a necessidades provavelmente diferentes. Confirma-se, também aqui, a sábia advertência do jurisconsulto romano HERMOGENIANUS de que “*todo o direito foi constituído por causa dos homens*”¹⁰⁴.

2. No direito português, o usufruto extingue-se “*pelo seu não exercício durante vinte anos, qualquer que seja o motivo*”¹⁰⁵. Assinala-se, em relação ao Código de Seabra, a substituição de *prescrição*¹⁰⁶ por *não exercício*, alteração que tem grande relevo jurídico: não valem as causas de suspensão e de interrupção próprias da prescrição¹⁰⁷ e, portanto, o legislador português não permite que o não exercício do usufruto dure mais de vinte anos. É sancionada a inércia do usufrutuário e restabelecida a propriedade plena que permite o maior aproveitamento da coisa sobre que incide¹⁰⁸.

Porém, não é assim no direito brasileiro: o código civil limita-se a referir que o usufruto se extingue “*pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que (...) recaí*”¹⁰⁹. A doutrina fala de *prescrição*, cujo prazo “*começa a correr do último ato de fruição praticado pelo usufrutuário*”¹¹⁰ prazo esse que é, na falta de prazo menor legalmente fixado, de dez anos¹¹¹, mas que, atendendo às causas de suspensão e de interrupção, pode ser excedido.

À parte, porém, estes aspectos, encontramos nos códigos português e brasileiro regimes jurídicos muito próximos, proximidade que se justifica pela sua origem comum: o direito romano, que criou o usufruto para proporcionar à viúva e outros familiares os meios indispensáveis à sua

101 Vide MELLO FREIRE, *o.c.* no *BMJ* 165 (Abril, 1967) 156.

102 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, cit. 420.

103 Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 308-317.

104 Cf. D. 1,5,2.

105 Cf. art. 1476º. nº. 1 c).

106 Cf. art. 2241º. 4º.

107 Cf. art. 289º. nº. 3.

108 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 374-375.

109 Cf. art. 1.410.- VIII.

110 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 347 e 349.

111 Cf. art. 205º.

sobrevivência. Com efeito, afastado o arcaico matrimônio acompanhado da *conventio in manum* que colocava a mulher na família do marido com o estatuto de filha e, portanto, permitia que fosse herdeira dos bens do marido e, tornando-se, depois, independente do poder marital, a mulher viúva deixou de se considerar *filia* e, portanto, de ocupar os primeiros lugares na linha sucessória¹¹²; por isso, raramente herdava, ficando dependente dos filhos que nem sempre lhe davam os necessários meios de sobrevivência. E foi, para evitar esta situação gravíssima, que a *iurisprudencia* romana criou a figura do usufruto: o *de cuius* pode, no seu testamento, deixar o usufruto de todos ou alguns bens à sua esposa, direito que cessa quando falecer¹¹³: é, portanto, constituído *intuitu personae*¹¹⁴. E revestindo esta natureza, o usufrutuário não o pode transmitir *mortis causa* e, se o ceder *inter vivos*, extingue-se com a morte do usufrutuário-cedente porque, ensinavam os jurisconsultos romanos, não se transmite o direito de usufruto, mas o seu exercício¹¹⁵.

5. Direito de uso e habitação

O Código civil português define o direito de uso e habitação como o direito que “*consiste na faculdade de (o seu titular se) servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família*”¹¹⁶. Determina o âmbito da família, excluindo os filhos casados e incluindo “*as pessoas que, convivendo com o respectivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas*”¹¹⁷. Consagra o princípio da intransmissibilidade seja *inter vivos*¹¹⁸ seja *mortis causa*¹¹⁹. E manda aplicar as “*disposições que regulam o usufruto, quando conformes à natureza daqueles direitos*”¹²⁰.

O Código civil brasileiro separa o uso da habitação. Em relação ao uso, determina que “*o usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto*

112 Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano (ius romanum)* I. Introdução. Fontes⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 227.

113 Cf. D. 18,6,8,2.

114 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (Direitos reais)*, cit. 190-191.

115 Cf. D. 7,1,12,2-7; -7,1,39; -7,1,40; -18,6,8,2; -20,1,11,2; -23,3,66; -24,3,57, GAIUS 2,30; FV. 41. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 190^o.

116 Cf. art. 1848^o.

117 Cf. art. 1487^o.

118 Cf. art. 1488^o.

119 Cf. arts. 1443^o e 1476 n^o. l a) *ex vi* arts. 1485^o e 1490^o.

120 Cf. art. 1490^o.

*o exigirem as necessidades suas e de sua família*¹²¹. Determina o âmbito da família, excluindo os filhos casados e incluindo as *“pessoas de seu serviço doméstico”*¹²². E manda aplicar, *“no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto”*¹²³. Quanto à habitação, dispõe que o seu titular *“não a pode alugar nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com a sua família”*¹²⁴. E manda aplicar as disposições relativas ao usufruto, *“no que não for contrário à sua natureza”*¹²⁵.

Cotejando estes institutos jurídicos, logo se observa uma diferença que afasta o direito brasileiro do direito português: o código civil brasileiro proíbe expressamente o *“aluguer”* da casa objecto do direito de habitação e silencia o *“aluguer”* da coisa objecto do direito de uso. Porém, remetendo para as disposições que regem o usufruto¹²⁶, poder-se-á concluir que o exercício do direito de uso pode ser cedido e, portanto, é alienável *inter vivos*. É certo que a doutrina considera-o *intransmissível em si e no seu exercício* e, por isso, entende que tem *“caráter eminentemente personalíssimo”*. Todavia, logo reconhece que *“pode ser exercido, excepcionalmente, por terceiro, se o serviço que prestava ao proprietário consistia precisamente sob forma, por exemplo, de arrendamento”*¹²⁷.

Quanto ao resto, e é quase tudo, há uma identidade que permite falar, sem grande ousadia, dos mesmos direitos de uso e habitação em Portugal e no Brasil.

Perguntar-se-á: porquê ?

Também aqui, a resposta é simples: porque os Portugueses levaram para o Brasil este direito e os Brasileiros mantiveram-no após a independência do seu País.

E perguntar-se igualmente: donde provém este direito ?

Provém do direito romano, onde foi criado para satisfazer necessidades que os séculos não afastaram: o direito de a viúva dispor de bens que lhe permitam sobreviver sem prejuízo dos filhos e demais herdeiros do marido. Com efeito, no direito de usufruto não há limites impostos por necessidades

121 Cf. art. 1.412.

122 Cf. art. 1412 § 2º.

123 Cf. art. 1.413.

124 Cf. art. 1.414.

125 Cf. art. 1.416.

126 Cf. art. 1.413.

127 Transcrevemos Orlando GOMES, *o.c.* 352.

peçoais e familiares: todos os frutos pertencem ao usufrutuário. Ora podia suceder que os rendimentos fossem excessivos e, portanto, era justo que revertessem para os herdeiros ou proprietários dos bens onerados. Exactamente por isso, o *usus* e a *habitatio* eram intransmissíveis *mortis causa*, embora ao titular do direito de habitação fosse permitido locar a casa, por se considerar que não há diferença entre viver nela ou locá-la e receber a renda¹²⁸; mas já não se permitia a locação nem o comodato de um *fundus*¹²⁹.

Olhando agora para a História do nosso direito, verifica-se que a doutrina tinha dificuldades em distinguir o direito de usufruto do direito de uso e habitação: nas palavras de MELLO FREIRE, “*entre nós estas duas palavras uso e usufruto significam absolutamente o mesmo, pois o vulgo não distingue estes dois vocábulos*”, embora refira que a diferença “*está suficientemente explicada (...) nas Institutas*”¹³⁰. No entanto, mais tarde COELHO DA ROCHA assinala a diferença em relação ao usufruto: enquanto neste, o usufrutuário “*póde servir-se da coisa concedida, não só para as suas necessidades, mas também para o seu recreio e capricho, o usuario unicamente para as suas necessidades quotidianas*”¹³¹.

Esta distinção impôs-se nos actuais códigos, embora a proximidade desta figura ao usufruto justifique que, ressaltando aspectos específicos, se lhe aplique o mesmo regime jurídico.

6. Direito de superfície

Segundo o Código civil português, “*o direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações*”¹³². Pode consistir também no “*direito de construir sobre edifício alheio*”¹³³. Por sua vez, o Código civil brasileiro refere que “*o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registada no Cartório de Registro de Imóveis*”¹³⁴.

Antes, porém, de compararmos estes institutos, português e brasileiro, avançamos com algumas notas históricas: trata-se duma figura jurídica do

128 Cf. I. 2,5,5; C. 3,33,13,1; D. 7,8,2,1.

129 Cf. D. 7,8,11.

130 Vide MELLO FREIRE, *o.c.* no *BMJ* 165 (Abril, 1967) 160.

131 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 427.

132 Cf. art. 1524.

133 Cf. art. 1526°.

134 Cf. art. 1.369.

direito romano que praticamente desapareceu durante vários séculos até ser recuperada em 1966 e em 2002, respectivamente, em Portugal e no Brasil. Estamos perante uma longa hibernação cuja justificação deve encontrar-se em sucessivas sociedades diversamente estruturadas nas quais a necessidade, sentida no Império Romano, não se impôs. Reapareceu, no entanto, nos nossos dias e, para lhes dar resposta jurídica, os legisladores foram ao direito romano recolher aquele instituto.

Com efeito, não podendo construir (plantar é duvidoso) em terrenos alheios porque, por efeito do princípio da absorvência, tudo o que aí fosse construído pertencia ao *dominus fundi*, e não dispo de terrenos onde pudessem construir, porque eram propriedade do *populus Romanus*, de algumas instituições públicas ou de poucos *cives romani*, restava aos interessados na construção a possibilidade de locarem os terrenos, constituindo relações pessoais que, se obrigavam os proprietários dos solos a respeitar o gozo dos edifícios, colocavam os construtores na situação precária de, terminada a locação, os seus edifícios serem adquiridos *ipso iure* pelos donos dos terrenos. Os expedientes encontrados para ultrapassar este inconveniente não eram plenamente eficazes, porque tinham carácter pessoal e não real. Por isso, os juriconsultos romanos acabaram por atribuir ao direito de superfície a natureza de direito real e, para não sacrificar o velho princípio da absorvência da propriedade, classificaram-no entre os *iura in re aliena*: o proprietário do terreno é também o dono do edifício, mas sobre o edifício há outro direito: o direito de superfície.

Depois, o direito romano permitiu a sua transmissibilidade *inter vivos* e *mortis causa*, mas concedeu ao dono do solo o direito a um cânone anual, denominado *pensio* ou *solarium*. Todavia, se esta prestação não fosse paga, o direito de superfície não cessava¹³⁵.

Durante a Idade Média e a Idade Moderna, o direito de superfície foi ignorado e, em Portugal, surge, pela primeira vez, um vestígio no Código Civil de 1867 que admite a existência de árvores alheias em terreno próprio¹³⁶, embora a preocupação do legislador tenha sido a de eliminar esta situação. Em 1948 o direito de superfície é finalmente introduzido no nosso ordenamento jurídico, mas somente podia ser constituído pelo Estado, autarquias locais e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa em terrenos do seu domínio privado. E só em 1966, no Código Civil actual, a sua consagração se pode considerar plena¹³⁷. No Brasil, o direito de superfície só foi introduzido pela Lei nº. 10257 (Estatuto da Cidade) de 2000 e encontra-se consagrado no Código civil actual.

135 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* – III (*Direitos reais*), cit. 210-212.

136 Cf. art. 2308º.

137 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 389.

Em linhas gerais, o Código brasileiro prevê que a concessão do direito de superfície possa ser gratuita ou onerosa e, neste caso, a possibilidade de o pagamento ser feito de uma só vez ou parceladamente¹³⁸; que esse direito pode ser transmitido *inter vivos* e *mortis causa*¹³⁹; que o superficiário e o proprietário do solo gozam, reciprocamente, do direito de preferência no caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície¹⁴⁰; e que, extinta a concessão, “o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário”¹⁴¹.

O regime do direito de superfície brasileiro é substancialmente o mesmo no Código português, com algumas diferenças importantes, de que destacamos:

1. o direito de superfície é temporário no código civil brasileiro e pode ser perpétuo no código civil português;
2. o direito português só reconhece o direito de preferência ao proprietário do solo¹⁴², enquanto o direito brasileiro concede este direito àquele e ao superficiário.

A solução portuguesa tem sido justificada e criticada pela doutrina. Justificam-na quem entende que, não estando o direito de superfície limitado pela propriedade do solo, não precisa da extinção deste para se tornar pleno¹⁴³; e criticam-na quem considera que, sobretudo nos casos de superfície perpétua, ao superficiário devia ter sido concedida a faculdade de pôr termo a uma situação destituída de função social¹⁴⁴. A solução brasileira afasta esta crítica.

7. Direito de servidão predial

O Código civil brasileiro consagra, como figura jurídica real, a servidão que onera um prédio a favor de outro de dono diferente¹⁴⁵; responsabiliza o dono do prédio dominante pelas despesas necessárias à sua conservação e uso, salvo convenção em contrário¹⁴⁶; se as despesas foram assumidas pelo dono do prédio

138 Cf. art. 1.370.

139 Cf. art.º 1.372.

140 Cf. art. 1.373.

141 Cf. art. 1.375.

142 Cf. art. 1535º.

143 Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado* III² (reimpressão) com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA (Coimbra Editora / Coimbra, 1987) 603.

144 Vide José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 533.

145 Cf. art. 1.378.

146 Cf. arts. 1.380 e 1.381.

serviente, pode exonerar-se, abandonando a propriedade ao dono do prédio dominante¹⁴⁷; o dono do prédio serviente não pode embaraçar o exercício da servidão¹⁴⁸; a servidão pode ser removida de um local para o outro¹⁴⁹; consagra-se o princípio da indivisibilidade¹⁵⁰; e reconhecem-se várias causas de extinção¹⁵¹.

No direito civil português encontramos fundamentalmente o mesmo regime: só se admitem as servidões prediais¹⁵²; consagra-se o princípio da inseparabilidade¹⁵³, embora se permita o afastamento para outro local¹⁵⁴; as despesas são da responsabilidade do dono do prédio dominante, salvo se as partes acordarem diferentemente¹⁵⁵; neste caso, o proprietário do prédio serviente pode eximir-se desse encargo renunciando ao direito de propriedade em benefício do proprietário do prédio dominante¹⁵⁶; e dá-se ao dono do prédio serviente o direito de preferência na venda ou dação em cumprimento do prédio dominante¹⁵⁷.

No entanto, enquanto o direito português consagra o direito de preferência do proprietário do prédio serviente, no direito brasileiro não há nenhuma referência. Como *ratio* inspiradora do direito português está o facto de a servidão se traduzir num direito sobre coisa alheia e, porque comprime a propriedade, o restabelecimento pleno desta justifica que o proprietário do prédio serviente prefira na aquisição do domínio dominante se o seu titular o pretender vender ou dar em cumprimento.

Se olharmos agora para o direito romano que inspirou os nossos direitos, dir-se-á que consagrou aqueles direitos e obrigações dos proprietários dos prédios serviente e dominante, os mesmos modos de constituição e de extinção e diversos princípios como: a servidão não pode consistir num *facere* do dono do prédio serviente; não pode ser constituída sobre uma coisa própria; deve satisfazer uma necessidade permanente; os prédios devem ser vizinhos, embora possam não ser contíguos; e a servidão é indivisível¹⁵⁸.

147 Cf. art. 1.382.

148 Cf. art. 1.383.

149 Cf. art. 1.384.

150 Cf. art. 1.386.

151 Cf. arts. 1.387 a 1.389.

152 Cf. art. 1543º.

153 Cf. art. 1545º.

154 Cf. art. 1551º.

155 Cf. art. 1567º. n.º 1.

156 Cf. art. 1567º. n.º 4.

157 Cf. art. 1555º.

158 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* – III (*Direitos reais*), cit. 173-189.

8. Posse

Também aqui nos limitaremos a referir os aspectos gerais que caracterizam a posse nos direitos romano, português e brasileiro.

A posse foi, no direito romano, uma figura particularmente complexa, protegida por *interdicta* ditos possessórios que, sem envolverem o reconhecimento de direitos reais sobre uma *res*, asseguravam a paz social, fazendo cessar imediatamente os actos que perturbassem (*vi, clam, precario*) uma mera situação de facto e mesmo uma situação juridicamente protegida: v.g., se o proprietário fosse impedido ou perturbado de dispor da sua *res*, a acção de reivindicação (*rei vindicatio*) e a acção negatória (*actio negatoria*) não afastavam a possibilidade de recorrer aos *interdicta* possessórios para restabelecimento da situação anterior. Aliás, a tutela possessória permitia-lhe afastar as dificuldades da *probatio diabolica*, porque bastava provar que a sua disponibilidade de facto não teve origem violenta, clandestina ou precária¹⁵⁹.

Na época clássica, a posse foi considerada um poder de disposição de facto sobre uma *res* que o possuidor exercia com a intenção de lhe pertencer. Não se confundia com o poder de dispor juridicamente (*dominium* ou *proprietas*), embora se considerasse ora uma *imago dominii*, ora uma presunção de propriedade, ora o estado de facto da propriedade ou a sua aparência extrínseca e visível¹⁶⁰. Os jurisconsultos romanos tiveram sempre presente a diferença e as afirmações “*separata esse debet possessio a proprietate*”¹⁶¹ e “*nihil commune habet proprietates cum possessione*”¹⁶² mostram o cuidado que tiveram no afastamento da confusão entre fenómenos que aparentemente se correspondem.

Simplemente, o carácter eminentemente casuístico da ciência jurídica (*iurisprudencia*)¹⁶³ avessa à especulação filosófica e à elaboração de definições e teorias gerais, explica que os jurisconsultos romanos não se tenham interessado com a problematização da natureza da posse, embora haja, no seu regime jurídico, aspectos que tanto favorecem a posição de quem a considera um poder de facto que se converteu num direito, como a de quem entende que se trata dum verdadeiro *ius*¹⁶⁴.

159 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano* – III (*direitos reais*), cit. 147.

160 Vide Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano* III (Società Editrice del Foro Italiano / Roma, 1933) 130-131.

161 Cf. D. 43,17,1,2.

162 Cf. D. 41,2,12,1; -41,2,52pr.

163 Sobre a *iurisprudencia* romana, vide Sebastião CRUZ, o.c. 280-295.

164 Sobre estas posições, respectivamente de SAVIGNY e de IHERING, vide BONFANTE, o.c. 177-193; Orlando GOMES, o.c. 41-43; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 153-155.

Quanto ao seu objecto, na época clássica a *res* devia ser corpórea¹⁶⁵, estar *in commercio* e ter individualidade própria¹⁶⁶. O direito justiniano permitiu a posse de *res incorporales* e fala da posse de *corpora* e da posse de *iura* que, tendo sido reservada inicialmente às servidões prediais, foi depois estendida ao exercício do usufruto, do uso, da habitação, da enfiteuse e da superfície¹⁶⁷.

Finalmente, o direito romano distinguiu a posse (*possessio civilis*) da detenção (*possessio naturalis*), e a posse *iusta* da posse *iniusta* (dita *vitiosa* ou *improba*) que sofria de algum dos *tria vitia possessionis*: violência (*vi*), clandestinidade (*clam*) ou precaridade (*precario*)¹⁶⁸. Considerou, como modos de aquisição, a *ocupatio*, a *traditio* (que podia ser simbólica) e criou a figura do constituto possessório. Exigiu que o possuidor tivesse capacidade de entender e de querer. Acabou por admitir a possibilidade de a posse ser adquirida por intermédio de um terceiro (*procurator*)¹⁶⁹. E protegeu-a através de *interdicta*, ditos *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis*, destinados, respectivamente, a proibir a perturbação e proporcionar a sua recuperação¹⁷⁰.

O direito português define a posse como “o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”. Também aqui, o legislador português não acolheu a sábia advertência romana de que “em direito civil toda a definição é perigosa”¹⁷¹ e, por isso, permite que sejam suscitados alguns problemas: a determinação do direito real a cujo exercício pode corresponder; e da sua estrutura subjectivista ou objectivista (ou mista).

Quanto ao primeiro problema, há quem recuse que a posse corresponda ao exercício de um direito real de garantia, argumentando que a usucapião não o compreende; e que, no caso específico do penhor, seria desnecessária a referência específica à tutela possessória se se tratasse de verdadeira posse¹⁷².

165 Sendo considerado *res incorporalis*, o usufruto não gozava, na época clássica, da tutela possessória e, por isso, GAIUS não fala de *possessio*, mas de *quasi possessio* quando alude ao exercício de facto do usufruto. Cf. GAIUS 4,139. No direito justiniano, o usufrutuário foi considerado um verdadeiro possuidor e, portanto, gozou dos *inyterdicta* possessórios. Vide BONFANTE, *o.c.* 155-176; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 152-153.

166 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 157.

167 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 153 e as fontes aí referidas.

168 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 156 e as fontes aí citadas.

169 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 155-157 e 158-161.

170 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 165-171; e Orlando GOMES, *o.c.* 92-94.

171 D. 50,17,2042: “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*”.

172 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 162.

Mas também não falta quem não recuse a posse nos direitos reais de garantia susceptíveis de poder de facto, como sucede com o penhor e o direito de retenção¹⁷³.

E sobre a sua estrutura, há quem entenda que o Código Civil português é marcadamente objectivista¹⁷⁴; quem, pelo contrário, considere que consagrou a doutrina subjectivista¹⁷⁵; quem observe que acolheu um sistema misto ou, melhor, sobreposto¹⁷⁶; e quem, perto desta posição, entenda que, embora consagre a doutrina subjectivista, não recusa a existência de elementos objectivos¹⁷⁷.

Depois, em relação à natureza jurídica da posse, a doutrina continua dividida entre quem considera que é “*meramente uma situação de facto juridicamente relevante, mas não um direito*”¹⁷⁸; quem entende que se trata de um direito subjectivo, porque “*há um poder, um interesse e uma garantia jurídica*”¹⁷⁹; quem a considere um direito real provisório porque “*a sua protecção só se mantém, ou melhor, cessa, não havendo anteriormente usucapião, perante a acção de reivindicação*”¹⁸⁰; quem entenda que é um direito real que “*pertence à categoria dos direitos de gozo*”¹⁸¹; quem considere

173 Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 69; e MENEZES CORDEIRO, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*3 (Almedina / Coimbra, 2000) 71; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 162.

174 Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* cit. 86; MENEZES CORDEIRO, *ibidem* 64-65; e Luís A. CARVALHO FERNANDES, *o.c.* 274.

175 Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado* III², com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA (Coimbra Editora / Coimbra, 1987) 5-6; Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)* (Centelha Promoção do Livro, SARL / Coimbra, 1977) 32-41; Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Direitos reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga (Almedina / Coimbra, 1976) 189-191; Manuel HENRIQUE MESQUITA, *Direitos reais* (Coimbra, 1967) 63; J. França PITÃO / J. Borges PINTO, *Direito das coisas. Da ordenação dominial* (Coimbra, 1976) 47; Paula COSTA E SILVA, *Posse ou posses ?* (Coimbra Editora / Coimbra, 2004) 32-33; e Augusto da PENHA GONÇALVES, *Curso de direitos reais*2 (Universidade Lusíada / Lisboa, 1993) 245-246

176 Vide MENEZES CORDEIRO, *o.c.* 64.

177 Vide MOTA PINTO, *o.c.* 190-191; HENRIQUE MESQUITA, *o.c.* 63; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 155-156.

178 É a posição de Orlando de Carvalho, *Posse* (Lições coligidas em apontamentos dactilografados que circulavam na Faculdade de Direito de Coimbra) 4-5 e 160. Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 156⁶⁴⁵.

179 É a posição de Manuel RODRIGUES, *A posse. Estudo de direito civil português. Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituição jurídica*³, revista e prefaciada por Fernando Luso Soares (Almedina / Coimbra, 1980) 33-40.

180 É a posição de MOTA PINTO, *o.c.* 214-215. No mesmo sentido, vide HENRIQUE MESQUITA, *o.c.* 74-76; e SANTOS JUSTO, *o.c.* 168.

181 É a opinião de CARVALHO FERNANDES, *o.c.* 265-270.

que se trata de um direito relativo, porque não é oponível *erga omnes*¹⁸²; e quem entenda que “quando seja tomada como direito subjectivo” não é um “verdadeiro direito real de gozo”, mas “quando muito, um direito de gozo diferenciado”¹⁸³.

Como espécies de posse, o Código Civil português refere a posse titulada¹⁸⁴, a posse de boa fé¹⁸⁵, a posse pacífica¹⁸⁶ e a posse pública¹⁸⁷, a que, *a contrario sensu*, se opõem a posse não titulada, a posse de má fé, a posse violenta e a posse oculta. Em relação à posse titulada, a doutrina critica o facto de constituir título um negócio jurídico inválido por vício substancial e já não por vício de forma¹⁸⁸. E quanto à posse de boa fé, há divergências entre quem entende que a ignorância de o possuidor lesar o direito de outrem tem um sentido meramente psicológico¹⁸⁹ e quem apele a um sentido ético, defendendo que não basta a ignorância, sendo necessário, ainda, a ausência de culpa¹⁹⁰. Finalmente, a posse pacífica é a que se adquire sem violência, ou seja, sem coacção física ou moral¹⁹¹. Antes, refere os casos de simples detenção ou posse precária: o exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito; o poder de quem se aproveita da tolerância do titular do direito; e o de representantes ou mandatários do possuidor e de quem possui em nome de outrem¹⁹².

São consagrados os modos de aquisição originária e derivada¹⁹³ e de perda da posse¹⁹⁴, merecendo destaque a aquisição por outrem se a posse durar mais de um ano¹⁹⁵. Trata-se da velha figura da posse de ano e dia que,

182 É a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 130-135.

183 É a opinião de MENEZES CORDEIRO, *o.c.* 1159-164.

184 Cf. art. 1259°.

185 Cf. art. 1260°.

186 Cf. art. 1261°.

187 Cf. art. 1262°.

188 A crítica destaca que, sendo, em regra, um vício formal menos grave do que a generalidade dos vícios substanciais, não se compreende por que motivo estes e não aquele hão-de titular a posse. Vide MENEZES CORDEIRO, *o.c.* 91.

189 Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *o.c.* 20-21.

190 Vide MENEZES CORDEIRO, *o.c.* 96; OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 104; CARVALHO FERNANDES, *o.c.* 284-285; e PENHA GONÇALVES, *o.c.* 268-269.

191 Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 173-174.

192 Cf. art. 1253°.

193 Cf. art. 1263°.

194 Cf. art. 1267°.

195 Cf. art. 1267° n.º 1 d).

oriunda do direito franco, se mantém no direito português desde a fundação de Portugal¹⁹⁶.

Quanto aos efeitos, o Código português ocupa-se da presunção da titularidade do direito a cujo exercício a posse corresponde¹⁹⁷, que permite ao possuidor esbulhado recuperar a coisa sem a dificuldade da *probatio diabolica* da acção de reivindicação¹⁹⁸.

Depois, em relação ao domínio dos frutos, distinguem-se o possuidor de boa fé e de má fé: àquele pertencem os frutos naturais colhidos até ao dia em que a boa fé cessa e os frutos civis correspondentes ao mesmo período¹⁹⁹; a este, apenas a indemnização das despesas de cultura, sementes e matérias-primas e dos restantes encargos de produção e colheita, desde que não sejam superiores ao valor dos frutos²⁰⁰, que é obrigado a restituir ao proprietário, perante quem responde, além disso, pelo valor dos frutos que um proprietário diligente poderia ter obtido²⁰¹.

Em relação às benfeitorias necessárias, quer o possuidor de boa fé quer o de má fé têm direito a indemnização²⁰² e, tratando-se de benfeitorias úteis, se as não puderem levantar sem detrimento da coisa, têm direito ao seu valor calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa²⁰³. Se as benfeitorias forem voluptuárias, o possuidor de boa fé pode levantá-las se não causar detrimento e, não podendo, não terá direito a qualquer indemnização²⁰⁴; o possuidor de má fé nem sequer as pode levantar²⁰⁵.

Outro efeito da posse é a possibilidade de o possuidor adquirir o direito real correspondente por usucapião. A posse deve, no entanto, ser pacífica e pública²⁰⁶.

Finalmente, se a coisa possuída se perder ou deteriorar, o possuidor de boa fé responde se tiver procedido com culpa²⁰⁷. E o possuidor de má fé respon-

196 Vide L. CABRAL DE MONCADA, *A "posse de ano e dia" nos costumes municipais portuguesas em Estudos de História do Direito I* (Universidade de Coimbra / Coimbra, 1948) 227-260

197 Cf. artº. 1268º.

198 Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 178-179.

199 Cf. art. 1270º. nº. 1.

200 Cf. artº. 215º. nº. 1.

201 Cf. art. 1271º.

202 Cf. art. 1273º. nº. 1.

203 Cf. art. 1273º. nº. 2.

204 Cf. art. 1275º. nº. 1.

205 Cf. art. 1275º. nº. 2.

206 A posse violenta não pode ser registada nem conduzir à aquisição, por usucapião, do direito real correspondente. Cf. arts. 1295º. nº. 2 e 1297º.

207 Cf. art. 1269º.

de mesmo sem culpa²⁰⁸, salvo se provar que a perda ou deterioração se teriam igualmente verificado se a coisa se encontrasse em poder do titular do direito²⁰⁹.

Quanto à tutela possessória, além dos meios de autotutela (acção directa e legítima defesa)²¹⁰, o possuidor pode recorrer à acção de prevenção²¹¹, à acção de manutenção²¹², à acção de restituição²¹³, à acção de restituição havendo esbulho violento²¹⁴ e aos embargos de terceiro²¹⁵, respectivamente, se tiver justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem, se for perturbado, se for esbulhado, se o esbulho for violento e se a posse for ofendida por penhora ou diligência ordenada judicialmente em processo em que o possuidor não seja parte²¹⁶.

Em relação ao direito brasileiro, o Código Civil de 2002 não define a posse, considerando possuidor “*todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”²¹⁷. Depois, fala de posse directa “*de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real*” e confere ao possuidor directo a faculdade de “*defender a sua posse contra o indirecto*”²¹⁸. Ou seja, consagra-se inequivocamente a doutrina objectivista da posse²¹⁹.

Depois, distingue a posse justa e de boa fé, contrapondo aquela à posse violenta, clandestina ou precária²²⁰; e define a posse de boa fé como aquela em que “*o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa*”²²¹. Há uma referência ao justo título que atribui ao possuidor a presunção de boa fé²²².

208 Cf. art. 1269º. *a contrario sensu*.

209 É a doutrina consagrada em relação em devedor em mora, entendendo-se que a posse de má fé é um acto ilícito que constitui em mora o possuidor quanto à obrigação de restituir a coisa ao seu titular, independentemente de interpelação. Cf. arts. 805º. n.º 2 al. b) e 807º. Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 181-182.

210 Cf. arts. 1277º. e 337º. Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 202-203.

211 Cf. art. 1276º.

212 Cf. art. 1278º.

213 Cf. art. 1278º.

214 Cf. art. 1279º.

215 Cf. art. 1285º.

216 Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 202-209.

217 Cf. art. 1.196.

218 Cf. art. 1.197.

219 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 29 e 36-39.

220 Cf. art. 1.200.

221 Cf. art. 1.201.

222 Cf. art. 1.201 parágrafo único.

Refere a aquisição da posse “desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”²²³, afastando uma referência específica aos modos consagrados no Código Civil de 1916²²⁴.

Afasta da posse “os atos de mera permissão ou tolerância” e “os atos violentos ou clandestinos”²²⁵.

Quanto aos efeitos, reconhece ao possuidor perturbado ou esbulhado o direito a ser mantido e restituído²²⁶ e concede-lhe a faculdade de se manter ou restituir por sua própria força, desde que actue imediatamente sem exceder o indispensável à manutenção ou restituição da posse²²⁷. O possuidor de boa fé tem direito aos frutos percebidos e, se a posse de boa fé cessar, deve restituir os frutos pendentes, “depois de deduzidas as despesas da produção e custeio”²²⁸. O possuidor de má fé é responsável “por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber”, mas “tem direito às despesas da produção e custeio”²²⁹.

Quanto à perda ou deterioração da coisa, o possuidor de boa fé não responde se não tiver dado causa²³⁰. E o possuidor de má fé é responsável, “salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante”²³¹.

Em relação às benfeitorias necessárias e úteis, o possuidor de boa fé tem direito a indenização. E, quanto às voluptuárias, tem direito, se não lhe forem pagas, a levantá-las “quando o puder sem detrimento da coisa”²³². O possuidor de má fé só tem direito ao ressarcimento das benfeitorias necessárias²³³.

223 Cf. art. 1.204.

224 Cf. art. 493. Sobre a inutilidade da discriminação dos modos de aquisição da posse, para certa doutrina; e a sua necessidade, para outra, vide Orlando GOMES, *o.c.* 65-66.

225 Cf. art. 1.208.

226 Cf. art. 1.210.

227 Cf. art. 1.210. § 1º.

228 Cf. art. 1.214. Vide Orlando GOMES, *o.c.* 81.

229 Cf. art. 1.216. Segundo Orlando GOMES, *o.c.* 82, esta regra justifica-se “com o princípio geral de condenação ao enriquecimento sem causa”.

230 Cf. art. 1.217.

231 Cf. art. 1.218.

232 Cf. art. 1.219.

233 Cf. art. 1.220.

Finalmente, o Código Civil brasileiro determina que a posse “*perde-se quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem*”²³⁴.

Cotejando, agora, o regime da posse nos direitos civis português e brasileiro, observa-se que este consagrou a orientação objectivista, enquanto no Código português subsistem fundadas dúvidas sobre a posição seguida. Depois, a referência à ignorância do possuidor do vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa permite, como no direito português, que se discuta se basta o critério psicológico ou é necessária uma dimensão ética que se manifesta na ausência de culpa²³⁵. A substituição da posse titulada pelo conceito mais amplo de posse justa afasta a crítica que a doutrina portuguesa faz à definição de posse titulada. A recusa da posse em actos de mera permissão ou tolerância afasta a posse que, no direito português, se considera simples detenção²³⁶.

Finalmente, o direito civil brasileiro trata da tutela possessória no capítulo (III) dos efeitos da posse, consagrando praticamente as mesmas soluções que caracterizam a tutela privada e a tutela judicial. Quanto aos frutos, consagra o mesmo regime do direito civil português. Em relação à perda e deteriorações da coisa possuída, reconhece a responsabilidade do possuidor de boa fé e de má fé, respectivamente, se é culpado ou não consegue provar que teriam igualmente ocorrido se a coisa estivesse na posse do reivindicante: o regime do art. 1218 do Código Civil brasileiro é o mesmo do direito português, por força dos arts. 1269º. e 807º. E quanto às benfeitorias, os dois códigos consagram as mesmas soluções.

Também na posse, a aproximação dos regimes jurídicos português e brasileiro se justifica pela base comum em que assentam: o direito romano, base do direito português que, através das Ordenações Manuelinas e, sobretudo, Filipinas, vigorou em Portugal e no Brasil; e, posteriormente, continuou vigente na legislação portuguesa e não foi afastado nas leis brasileiras depois da independência do Brasil.

234 Cf. art. 1.223. Também aqui, o novo Código afastou as causas específicas pelas quais se perdia a posse no Código Civil de 1916: art. 520.

235 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 54-55, para quem “*o direito pátrio concebe a boa fé de modo negativo, como ignorância, não como convicção*”. No entanto, não afasta a culpa grave “*que deve ser equiparada à má-fé, nos seus efeitos*”.

236 O Código Civil brasileiro considera “*detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas*”. Cf. art. 1.198. No direito português, a detenção compreende igualmente quem exerce “*o poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito*”, situação que serve de argumento à doutrina subjectivista. O afastamento desta disposição justifica-se num código objectivista. Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 150-156 e 175-177.

Abreviaturas

- BFDC Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra)
- BMJ Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa)
- 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 MOMMSEN - Paulus KRÜGER, 16^a. ed., Berlim 1954)*
- FV *Fragmenta Vaticana (Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars Altera. Auctores (S. A. G. Barbèra, Florença 1964) 461-540)*
- GAIUS *Gai Institutionum Commentarii Quattor (Fontes Iuris Romani Antejustiniani, cit. 3-192)*
- I. *Institutiones Iustiniani (Corpus Iuris Civilis, vol. I, ed. Paulus KRÜGER, 16^a. ed., Berlim, 1954)*
- Studia Iuridica* *Studia Iuridica*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra Editora / Coimbra)