

Propriedade no direito romano*

Alguns reflexos nos direitos português e brasileiro

Antônio Santos Justo**

De acordo com o seu modo de pensar o direito, profundamente casuístico, os juriconsultos romanos não se preocuparam com a definição das figuras jurídicas que, ademais, consideravam sabiamente perigosa. É famosa a advertência de IAVOLENUS de que “*em direito civil, toda a definição é perigosa*”¹.

Na verdade, não é fácil condensar, numa fórmula necessariamente breve, as actividades que o proprietário pode realizar na coisa que lhe pertence. Nas palavras sábias de Orlando GOMES, “*a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas*” e o proprietário “*exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível*”². O próprio vocabulário é variado: utilizaram-se, inicialmente, *mancupium* e *mancipium*, palavras que teriam derivado de *manus*, símbolo do poder; depois, *dominium* que expressa o poder ou a faculdade do *dominus*; e, mais tarde, *proprietas* que traduz a nua propriedade em contraposição a usufruto e acentua a pertença exclusiva da coisa ao proprietário, ou seja, ao *proprius*³.

Coube à ciência jurídica medieval a primeira tentativa de definir a propriedade. Partindo dos princípios consagrados no direito romano de que “*ninguém causa dano, a não ser que tenha feito o que não tem direito de fazer*”⁴, de que “*se entende que não comete dolo quem faz uso do seu direito*”⁵ e de que “*não se considera que utiliza a violência quem faz uso do seu direito e intenta a acção ordinária*”⁶, os juriconsultos da Escola

* Este estudo serviu de base à conferência que o Autor proferiu no VI Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro, realizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, no dia 24 de Setembro de 2009.

** Professor Catedrático e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1 D. 50,17,220: “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*”.

2 Vide Orlando GOMES, *Direitos reais*¹⁹ actualizada por Luiz Edson Fachin (Editore Forense / Rio de Janeiro, 2004) 110.

3 Vide A. SANTOS JUSTO, *A propriedade no direito romano. Reflexos no direito português* no BFD LXXV (1999) 99.

4 D. 50,17,151: “*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*”.

5 D. 50,17,55: “*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”.

6 D. 50,17,155,1: “*Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinária actione experitur*”.

dos Glosadores⁷ definiram a propriedade como “o direito de usar, fruir e consumir a coisa sua”⁸.

E, decorridos dois séculos, BÁRTOLO, *caput scholae* dos Comentadores e quiçá um dos maiores jurisconsultos que a História da Ciência Jurídica registra⁹, definiu a propriedade como “o direito de dispor completamente de uma coisa corpórea, salvo se for proibido pela lei”¹⁰.

Importa, no entanto, fazer algumas considerações que mostram a periculosidade destas definições.

Em relação à primeira, da Escola de IRNÉRIO, considerado a *lucerna iuris*, não se convocaram as limitações que as fontes mostram; e, por isso, a propriedade romana foi, no século XIX, considerada o paradigma da propriedade absoluta, egoísta e anti-social. Daqui a consequência lógica: consagrada no Código Civil francês e acolhida nos Códigos Civis do século XIX, a ideologia marxista viu aí a origem da moderna propriedade burguesa e o direito romano foi desprezado e abandonado. Trata-se, no entanto, de afirmações erradas: primeiro, porque não se consideraram as limitações que o direito romano impôs ao exercício da propriedade; e, depois, porque o vocábulo *abutendi* da definição dos Glosadores foi mal traduzido: em vez de abusar, dever-se-ia ter referido consumir, ou seja, fazer uso normal das coisas consumíveis¹¹.

Quanto à definição de BÁRTOLO, nota-se a síntese de um jurista genial: o proprietário pode dispor plenamente (portanto, usar, fruir, dispor), mas deve respeitar os limites impostos pela lei. De fora ficam diversos problemas: mesmo respeitando a lei, poder-se-á questionar: em que circunstâncias pode o proprietário exercer esses poderes? Trata-se, todavia, duma definição mais acertada, que permite, ademais, que os tempos passem e a propriedade se mantenha: as leis limitativas do direito de propriedade não afastam esses poderes que exactamente pressupõem.

7 Sobre esta Escola, vide Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do direito português*³, reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000) 236-241; e SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)* (Coimbra Editora / Coimbra, 2005) 28-31.

8 “*Ius utendi, fruendi et abutendi re sua*”. Vide Pietro De BONFANTE, *Corso di diritto romano* II. Sezione I (Roma, 1926) 195.

9 Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano (ius romanum)* I. Introdução. Fontes⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 98.

10 “*Ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*”. Cf. BÁRTOLO, *Opera Omnia* V fol. 84 ad L. 17 § 1 D. 41,2 (Veneza, 1615).

11 Vide BONFANTE, *o.c.* 195; e SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, reimpressão em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora / Coimbra, 1997) 37-38.

Por isso, não surpreende que, na esteira da doutrina romanista da Escola Culta de CUJÁCIO¹², os redactores do *Code Civil* francês, liderados por POTHIER, a tenham consagrado¹³. Volta a não surpreender que os Códigos Civis dos outros países a tenham acolhido¹⁴. E nota-se o respeito pela fórmula “*usar sem alterar nem consumir (uti), desfrutar ou recolher os frutos sem alterar a substância da coisa (frui), obter e dispor (habere) e possuir (possidere)*”, fórmula esta utilizada a propósito dos prédios (*fundi*) situados nas províncias¹⁵.

Deixando momentaneamente de lado as limitações da propriedade, importa caracterizá-la sem, no entanto, omitirmos as alterações por que passou ao longo das várias épocas da história do direito romano. Destacamos a¹⁶:

a) confinidade: é uma marca dos tempos mais antigos e traduz a demarcação dos prédios rústicos através de linhas contínuas que deixavam uma faixa livre com uma largura que variava entre 8 e 10 pés. Este espaço era consagrado aos deuses por meio de uma cerimónia que o tornava uma coisa santa e, portanto, *extra commercium*. A sua violação era considerada um *sacrilegium*, punível com a pena de morte; por isso, se compreende a ausência de litígios relacionados com a extensão de um prédio à custa do outro. Ademais, esta faixa, denominada *limes* e *ambitus*, respectivamente, no campo e na cidade, assegurava o acesso pleno aos prédios de homens, animais e alfaías agrícolas, sem necessidade de os onerar com servidões de passagem. Trata-se, como é evidente, duma característica que assinala inequivocamente o contributo das normas religiosas na defesa da *pax* social. No entanto, a confinidade foi-se perdendo com o enfraquecimento da religiosidade e doravante a função pacificadora da sociedade romana foi confiada exclusivamente à ciência jurídica (*iurisprudencia*) que criou a figura da servidão predial;

b) absorvência: é outra característica, segundo a qual pertence ao proprietário de um prédio tudo o que aí se incorporar, como a água, o minério, os tesouros, as plantas, os edificios, etc. Foi este princípio que levou a *iurisprudencia* romana a criar o direito de superfície cujo objecto é uma coisa alheia: o edificio construído por terceiro é adquirido pelo proprietário do solo, por virtude da absorvência; e o construtor torna-se superficiário, ou seja, proprietário de um edificio alheio. Como facilmente se observa, é uma construção

12 Sobre CUJÁCIO, vide CRUZ, *o.c.* 99; e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 319-324.

13 Cf. art. 544°.

14 Cf. arts. 348° do Código Civil espanhol; 2170° e 1305°, respectivamente, dos Códigos Civis portugueses de 1867 e de 1966; e 1228° e § 1° do actual Código Civil brasileiro.

15 Vide Álvaro D'ORS, *Derecho privado romano*⁸ (Pamplona, 1991) § 142; e Manuel Jesus GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*⁴ (Madrid, 1989) 281.

16 Seguimos o nosso *Direito privado romano* – III (*direitos reais*), cit. 16-18.

que revela a sabedoria dos jurisconsultos romanos. No entanto, também a aborvência conheceu algumas exceções: Diocleciano autorizou a extracção de minério a quem pagasse 1/10 do seu valor ao proprietário; e Adriano atribuiu metade do tesouro ao achador, se descoberto em coisa alheia;

c) imunidade: os prédios situados na Itália não estavam sujeitos a quaisquer impostos ou encargos. Todavia, este privilégio acabou quando Diocleciano entendeu que esta desigualdade não se justificava em relação aos prédios das províncias e tributou aqueles prédios;

d) perpetuidade: a ideia de soberania não permitia que o direito de propriedade se constituísse temporariamente. Discute-se, no entanto, se este princípio foi quebrado nas últimas épocas do direito romano, com a possibilidade da propriedade temporária;

e) elasticidade: relaciona-se com a vocação da propriedade para a plenitude e, por isso, quando está comprimida por efeito da constituição de um direito de gozo menor (v.g., uma servidão predial, o usufruto, o direito de uso e habitação), a extinção deste provoca o restabelecimento automático da plenitude da propriedade.

A origem da propriedade romana constitui uma *vexata quaestio* que se agudiza à medida que recuamos no tempo: faltam fontes que nos forneçam indicações precisas e, por isso, recomenda Álvaro D'ORS, devemos praticar a *ars ignorandi* e não incorrer em teorias que não é possível confirmar. Ficaremos, portanto, por aqui, mas não deixaremos de referir uma situação particular que a ciência jurídica dos Romanos resolveu criando um tipo especial a que a romanística chama propriedade bonitária.

Ilustramos com a seguinte situação: para se poder transferir a propriedade duma das coisas mais importantes (denominada *res Mancipi*), era necessário celebrar um negócio jurídico especialmente previsto pelo direito civil: uma *mancipatio* ou uma *in iure cessio*. Vamos supor que CELSO vendeu a PAULO um prédio (*fundus*), cujo preço recebeu, sem que vendedor e comprador tenham feito um desses negócios jurídicos. E vamos supor ainda que o prédio foi entregue ao comprador e, alguns meses depois, foi ocupado por MARCO. Continuando o prédio a ser propriedade do vendedor, o comprador não o podia reivindicar de MARCO. Todavia, considerando que o seu preço foi efectivamente pago e o prédio entregue ao comprador, o pretor concedia a este uma *actio*, dita *Publiciana*, através da qual o prédio podia ser reivindicado. Considerava-se, ficticiamente, que já tinham decorrido dois anos, o tempo bastante para adquirir a propriedade por usucapião¹⁷. E, fingindo-se que já

17 Cf. GAIUS 2.40-41-

era proprietário, gozava da acção de reivindicação para recuperar o prédio de qualquer terceiro. Durante este tempo, o pretor protegia o possuidor como se fosse proprietário e, por isso, a romanística fala de propriedade pretória ou bonitária¹⁸.

Regressando à verdadeira propriedade romana, tutelada pelo direito civil, já referimos o seu conteúdo: *uti, frui, habere et possidere*, ou seja, usar sem alterar nem consumir, recolher os frutos sem alterar a substância da coisa frutífera, obter e dispor e possuir. Todavia, não se trata de poderes absolutos, mas limitados por interesses públicos, religiosos, morais e privados. Vale a pena destacar agora alguns exemplos.

Os Romanos protegiam o interesse público com a expropriação, figura jurídica que construíram com notável equilíbrio com o interesse privado. A autoridade pública devia cumprir três condições fundamentais: 1. Publicitar a declaração de utilidade pública feita pelo magistrado; 2. Indemnizar o proprietário; 3. Afectar a coisa ao interesse público¹⁹. A primeira condição constitui o momento inicial: publicita-se o interesse público para permitir que o proprietário do prédio que se pretende expropriar se possa opor, recorrendo à assembleia comicial (*provocatio ad populum*). A segunda afasta o confisco. E a terceira justifica a reversão do prédio, ou seja, o seu regresso à propriedade do expropriado, se a coisa for afectada a outra finalidade²⁰.

Outra limitação por interesse público onera os proprietários de prédios confinantes com rios navegáveis: são obrigados a permitir que as suas margens sejam utilizadas por navegantes e pescadores para aí desempenharem as suas funções: v.g., atracar embarcações e secar as redes²¹.

Do mesmo modo, se uma estrada se deteriorasse por inundações ou ruína, o proprietário do prédio confinante devia permitir a circulação do trânsito no seu terreno²². Trata-se dum verdadeiro ónus real que serve de contrapartida ao benefício auferido pela boa localização dos prédios²³.

Finalmente, ainda como limitação determinada por interesse público, destacamos a proibição de os proprietários arrancarem esculturas, estátuas e elementos ornamentais; e uma série de normas jurídicas que fixaram a altura,

18 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit. 25-27.

19 Vide Enrique Lozano CORBÍ, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano* (Zaragoza, 1994).

20 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit. 30.

21 Cf. D. 1,8,5pr.; I. 2,1,4.

22 Cf. Lei das XII Tábuas VII,7; D. 8,6,14,1.

23 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 31.

a distância e a estética dos edifícios²⁴. Estas limitações foram recolhidas, em grande parte, numa lei (*constitutio*) de Zenão, cujas normas foram incorporadas nalgumas regulamentações urbanísticas dos séculos XVII e XVIII²⁵.

Além destes e de outros interesses públicos, também motivos religiosos e morais justificaram outras limitações. Referimos três situações, tão-somente para não abusarmos da paciência de quem nos ouve²⁶.

A primeira encontra-se na antiga Lei das XII Tábuas (de meados do século V a.C.)²⁷ que proibiu a incineração de cadáveres dentro da *civitas*; e, fora, a menos de 60 pés do edifício próximo²⁸. A incineração de cadáveres era prática frequente antes do Cristianismo, a quem se deve a difusão dos cemitérios, com base na ideia de comunidade de fiéis que a morte não separa. Sem os modernos instrumentos que eliminam cheiros e odores, a saúde pública cruzava-se com o interesse religioso e moral.

A segunda relaciona-se com o *iter ad sepulchrum*, ou seja, o direito de atravessar um terreno alheio para, junto do sepulcro, realizar as cerimónias religiosas em honra dos deuses Manes. Quer as cinzas quer os cadáveres inumados eram depositados em pequenos sepulcros que se espalhavam em terrenos privados. Por isso, era necessário facultar, sobretudo aos familiares, a possibilidade de realizarem as cerimónias fúnebres que, por efeito da natureza jurídica dos cadáveres incinerados, tinham carácter religioso. Todavia, pressupondo uma *supplica* prévia, o acesso não traduzia um direito potestativo, que surge mais tarde, quando aquela foi substituída pela vontade de os familiares dos defuntos adquirirem as correspondentes servidões de passagem. Sinal também dos tempos: do enfraquecimento da religiosidade pagã.

A terceira, especificamente determinada pela moral, ocorreu no tempo de Cláudio que retirou a propriedade ao dono de um escravo abandonado doente. Combateu-se o egoísmo de quem utilizou o seu trabalho e depois, quando a doença o impossibilita, abandona-o para não pagar os cuidados impostos pela saúde e pela velhice.

Quanto aos interesses privados que limitam o direito de propriedade, encontram-se, como hoje, sobretudo no âmbito das relações de vizinhança. Referimos alguns²⁹.

24 Vide SANTOS JUSTO, *A propriedade no direito romano*, cit. 110.

25 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit. 31-32.

26 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit. 32-33.

27 Vide Sebastião CRUZ, *o.c.*182.

28 Cf. Lei das XII Tábuas X,1.

29 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit. 33-36.

Numa época em que a Itália se debatia com a abundância de água, a Lei das XII Tábuas proibiu que o proprietário de um prédio superior desviasse o curso natural das águas pluviais com prejuízo do vizinho³⁰. E mais tarde, quando as alterações climáticas fizeram da água um bem escasso, os proprietários dos prédios superiores foram proibidos de diminuir artificialmente o afluxo das águas aos prédios inferiores³¹.

Outra limitação ocorre com as árvores e arbustos plantados perto da linha divisória dos terrenos. O direito romano permitiu esta plantação, mas concedeu ao proprietário do prédio vizinho prejudicado pela sombra dos ramos, a faculdade de exigir o seu corte até à altura de 15 pés e de os cortar, se aquele recusasse³². Do mesmo modo, o vizinho podia cortar as raízes e apoderar-se das árvores cujo tronco se inclinasse sobre o seu prédio, se o dono da árvore não o fizesse³³.

Tratando-se de árvore frutífera, o seu dono podia entrar, em dias alternados, no prédio vizinho, para recolher os frutos aí caídos. O proprietário do prédio invadido só podia exigir a prestação duma garantia para ressarcimento dos eventuais danos: é a conhecida caução de dano iminente³⁴.

Por motivos relacionados com os trabalhos agrícolas, os proprietários não podiam fazer, nos seus prédios, obras que constituíssem obstáculo à acção do vento nas eiras vizinhas. Recordemos que, privados dos modernos instrumentos de debulha do grão e da colheita da azeitona, estes frutos eram separados da palha e das folhas por acção do vento.

Finalmente, particular referência merece o princípio segundo o qual deve ser tolerada a intromissão, desde que não grave, de fumos, poeiras, vapores, humidade, odores, etc., provenientes do uso ou exercício normal da propriedade vizinha. Trata-se dum problema que tem preocupado a romanística, sobretudo porque este princípio encontra na prática graves dificuldades: proibir qualquer intromissão num prédio alheio podia significar a restrição, quase a anulação, da actividade do outro proprietário. Por isso, não surpreende que, partindo das fontes romanas, a doutrina tenha procurado um critério que, na impossibilidade de afastar qualquer intromissão na propriedade alheia, permita distinguir as intromissões lícitas e ilícitas. Foi assim que a Escola dos Comentadores elaborou a teoria dos actos de emulação; posteriormente, nos começos do século

30 Cf. Lei das XII Tábuas, VII,8,a; D. 39,3,5.

31 Cf. D. 39,3,1,11-12; -39,3,2,5-6; -39,3,2-9.

32 Cf. Lei das XII Tábuas, VII,9a; D. 43,27,1,7.

33 Cf. Lei das XII Tábuas VII,9a-b; D. 43,27,1pr.-6.

34 Cf. Lei das XII Tábuas, VII,10; D. 43,28,1pr.; .50,16,236,1; -10,4,15; -19,1,25; -39,2,7,2; -39,2,9,1; -10,4,5,3-5.

XIX, construiu-se a doutrina do uso normal; depois, a teoria que distingue as influências directas (que só produzem efeitos no prédio vizinho) e indirectas (que começam já a produzi-los no prédio próprio), proibindo-se aquelas e permitindo-se estas se não excederem a tolerância normal; e, mais perto dos nossos tempos, a doutrina do abuso do direito que, numa perspectiva mais geral, proíbe um proprietário de usar dolosamente o seu direito.

Assim caracterizada quer quanto ao seu conteúdo quer em relação às diversas limitações, urge referir que a propriedade romana podia ser adquirida através de modos originários e derivados. Por imperativo do deus *chronos*, não os referiremos todos: faremos uma selecção, atendendo à importância que tiveram e à actualidade que revestem e, por isso, ocupar-nos-emos da ocupação, da aquisição do tesouro, da acessão, da especificação e da usucapião, modos originários de aquisição; e da *mancipatio* e da *traditio*, modos derivados.

A ocupação, que terá sido o principal e mais antigo modo de adquirir a propriedade, sofreu uma verdadeira involução, caracterizada pela diminuição dos objectos ocupáveis: as *res* que se tornaram *nullius* ou porque nunca o tiveram ou porque foram perdidas ou abandonadas (*res derelictae*). Cabem aqui as ilhas situadas no mar (*insula in mari nata*)³⁵ ou formadas em rios (*insula in flumini nata*)³⁶; os animais selvagens, as coisas capturadas ao inimigo, as pérolas, conchas e pedras preciosas descobertas na margem do mar (*res inventae in litore maris*) e as coisas menos valiosas (ditas *res nec mancipi*) abandonadas pelos donos³⁷. Em relação a estas, os juristas romanos dividiram-se: segundo alguns, que integravam a Escola Sabiniana, eram susceptíveis de ocupação; mas segundo outros, que pertenciam à Escola Proculeiana, a sua propriedade só podia ser adquirida por usucapião³⁸. A opinião sabiniana impôs-se no direito de Justiniano³⁹, mas importará questionar: que razão estava na base destes entendimentos diferentes? A segurança do comércio jurídico: haja em vista que o antigo proprietário podia tentar recuperar a *res* ocupada, invocando que a perdeu, justificação que a aquisição por usucapião afastava.

Quanto à aquisição de tesouro, importa, antes de mais, observar que constituía uma prática frequente. Na verdade, numa sociedade sem instituições vocacionadas para a guarda da riqueza, não havia outro modo de a conservar, sobretudo perante a ameaça de guerras, tumultos e pilhagens.

35 Cf. D. 41,1,7,3; I. 2,1,22.

36 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 52.

37 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 52.

38 Cf. D. 41,7,2,1; -47,2,43,5.

39 Cf. I. 2,1,46.

Inicialmente, o tesouro terá sido constituído por moedas escondidas em tempo imemorial que deixaram de ter proprietário; e, mais tarde, ter-se-á alargado a qualquer coisa móvel valiosa que o dono escondia para a subtrair a algum perigo. Sucede, porém, que o proprietário podia esquecer-se do local onde a guarda e, por vezes, morria sem ter revelado o segredo; e eis que, circunstancialmente, alguém descobre o tesouro.

A quem pertence? Segundo uma lei de Adriano, se fosse descoberto em local alheio, dividir-se-ia em duas partes iguais pelo descobridor e pelo *dominus loci*. A mesma repartição ocorreria se o tesouro fosse descoberto numa coisa do Imperador, em local público ou do fisco, situações em que a metade pertencia ao Imperador, à comunidade ou ao Estado romano. Não vamos referir as diversas investidas do fisco que ora avançou ora recuou consoante a maior ou menor necessidade de receitas. Certo é que a decisão de Adriano foi acolhida, mais tarde, no direito justinianeu⁴⁰.

Alguns problemas foram, todavia, levantados: questionou-se, nomeadamente, se o local onde o tesouro fosse descoberto devia ser um prédio ou coisa móvel; qual a natureza do direito do seu dono sobre a metade do tesouro e através de que instituto adquire; e se existe tesouro quando a coisa escondida é posta a descoberto por causas naturais.

A primeira questão acabou por ser resolvida a favor de quem defendia que o local em que a descoberta ocorre é indiferente⁴¹. A segunda foi decidida a favor da opinião dominante que via a aquisição da propriedade sobre metade do tesouro e não um direito de crédito contra o descobridor⁴²; e quanto ao modo de aquisição, não faltam argumentos a favor e contra a ocupação que dão a ideia da grande dificuldade que levou Pietro De BONFANTE a referir, pelo menos em relação ao descobridor, que “*l’acquisto era e non doveva essere se non un Dei beneficium*”⁴³. Finalmente, entendeu-se que a descoberta natural não deixava de ser tesouro.

A acessão é, como sabemos, a junção de uma coisa a outra, de donos diferentes. Traduzindo um incremento ou aumento, os vocábulos *accessio* e *accedere* dão-nos conta desta situação. Questiona-se, no entanto: a união deve ser física ou económica, ou seja: as coisas unidas não se podem separar sem deterioração; ou deve atender-se ao critério do valor que não as permite separar?

40 Cf. C. 10,15,1.

41 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 58.

42 Cf. D. 49,14,3,10. A favor da natureza creditória, cf. D. 49,14,3,11, que apresenta o vocábulo *debeatur*.

43 Vide BONFANTE, *o.c.* 114.

Os jurisconsultos romanos dividiram-se: os Proculeianos seguiram o critério económico, enquanto os Sabinianos optaram pela união física. Mas não basta: a coisa que se une deve ter carácter acessório; a outra, a que esta se une, é a principal. Também aqui se questionou: que critérios permitem distinguir as coisas principal e acessória? Segundo os Sabinianos, é principal a coisa materialmente maior⁴⁴, mas os Proculeianos entendiam que a sua determinação devia fazer-se com base no aspecto e no uso da totalidade da coisa⁴⁵. Este problema foi resolvido no direito justiniano que acolheu a posição proculeiana⁴⁶.

Quanto à acessão, a romanística apresenta diversos tipos: acessão de coisa móvel a coisa móvel; de coisa móvel a coisa imóvel; e de coisa imóvel a coisa imóvel. Seleccionamos a plantação em solo alheio (*plantatio*), a construção de edifício em terreno alheio (*inaedificatio*), a aluvião (*alluvio*), a avulsão (*avulsio*) e o leito de rio abandonado (*alveus derelictus*). Estas figuras são importantes para a compreensão do direito actual.

Sobre a plantação de árvores em terreno alheio, não basta o simples contacto (*positio*), mas uma coesão orgânica (*coalitio*). No primeiro caso, não há acessão porque, faltando a verdadeira união física, as árvores mantêm-se distintas do terreno. Se perguntássemos quando ocorre essa coesão orgânica, a resposta não tardaria: no momento em que há enraizamento e as árvores, que se alimentam do húmus alheio, formam, com o terreno, um *corpus*⁴⁷.

Em relação à construção em terreno alheio, levantou-se um problema: não há raízes e, por isso, dificilmente se pode falar de fusão orgânica dos materiais com o solo. No entanto, os jurisconsultos romanos invocavam uma norma da Lei das XII Tábuas que proibia a separação de uma viga unida a edifício ou vinha alheia⁴⁸ e estenderam-na a qualquer material de construção⁴⁹. Justificada por interesse social e agrícola de manter a integridade dos edifícios e dos vinhedos, esta proibição impossibilitava o proprietário dos materiais de recorrer à acção de reivindicação e à acção exhibitória para obter a separação⁵⁰. E, não sendo esta permitida, o dono do solo adquiria o edifício por efeito de acessão.

Quanto à aluvião, que, como sabemos, é um incremento paulatino e imperceptível de um prédio inferior produzido pela acumulação de terra que a

44 Cf. D. 34,2,19,3; -6,1,23,5; -41,1,27,1; -6,1,23,3; -6,1,23,4.

45 Cf. D. 41,1,26pr.; -34,2,29,1.

46 Cf. D. 34,2,19,13; -41,1,26pr.; -41,1,47,2; I. 2,1,34.

47 Cf. GAIUS 2,74; I. 2,1,31; D. 39,2,9,2; -41,1,7,13; -41,1,26,1; -43,24,22; -47,7,3,3.

48 Cf. D. 10,4,6.

49 Cf. D. 10,4,7pr.; -41,3,30,1; -47,3,1,1; -50,16,62.

50 Cf. I. 2,1,29-30; D. 41,1,7,10-12.

água corrente vai depositando⁵¹, o dono do prédio adquire a propriedade da terra deslocada à medida que se vai depositando. E o mesmo sucede com a avulsão, ou seja, incremento de um prédio produzido por uma porção de terra que se separou de outro prédio e foi deslocada por efeito da corrente da água ou de outra força. Tratando-se de um incremento perceptível, questiona-se: quando se verifica a avulsão? Responder-se-á: no momento em que há uma fusão orgânica que ocorre quando, no terreno acrescentado, germinar a mesma vegetação do prédio ou as árvores estenderem as suas raízes. Até aí, a porção de terra e as plantas podiam ser reivindicadas, por não haver ainda avulsão⁵².

Finalmente, o leito abandonado pelas águas de um rio seja por seguirem outra direcção seja por secarem, acede aos proprietários dos prédios situados nas duas margens, pertencendo a cada prédio o terreno situado entre uma linha média, traçada imaginariamente no centro do antigo leito, e as linhas perpendiculares a essa linha a partir dos limites já existentes nesses prédios sobre a margem do rio⁵³.

Diferente é a especificação que se caracteriza pela transformação, por trabalho humano, de matéria alheia numa coisa nova. Não faltam exemplos clássicos, como a transformação de uvas em vinho, de azeitona em azeite, de bronze ou mármore numa estátua, de madeira em carvão, de lã em vestido, duma tela numa pintura, etc. Também aqui se discutiu sobre a propriedade da coisa nova. De novo, seguindo um critério materialístico, os Sabinianos consideravam que o dono da matéria adquire a propriedade da coisa criada, enquanto os Proculianos, privilegiando a função social, acentuavam a coisa nova e atribuíam a sua propriedade ao especificador.

Resta-nos a usucapião, figura particularmente importante no mundo jurídico. Nos primeiros tempos, permitia que o possuidor de um prédio ou de outra coisa adquirisse a sua propriedade, se tivesse a sua posse, respectivamente, pelo menos dois ou um ano. Na *ratio* deste instituto estava (e continua a estar) a necessidade de transmitir segurança jurídica a situações de facto prolongadas no tempo. É uma figura jurídica muito antiga que, na época clássica, foi cientificamente reelaborada, com a exigência de justa causa (ou título de usucapião) e de boa fé do possuidor: aquela procurava afastar a lesão do antigo possuidor e, por isso, a posse do novo possuidor não devia ser violenta nem clandestina nem precária; esta consistia na convicção do adquirente, no momento em que inicia a posse, de que não lesa o direito alheio.

51 Cf. GAIUS 2,70; D. 41,1,7,1; I. 2,1,20; C. 7,41,1.

52 Cf. GAIUS 2,71; I. 2,1,21; D. 39,2,9,2; -41,1,7,2.

53 Cf. I. 2,1,22-23; D. 41,1,7,3; -41,1,29; -41,1,30,2; -41,1,56; -43,12,1,6.

Podiam ser usucapidas coisas corpóreas que não se encontrassem fora do comércio, como as coisas sagradas, santas e religiosas; nem, por falta de *iusta causa*, coisas furtadas e possuídas, como referimos, por violência, clandestina ou precariamente. Todavia, a usucapição sofria duas deficiências graves: o prazo de posse era muito curto; e de fora estavam os prédios situados nas províncias. Por isso, os jurisconsultos criaram outra figura jurídica: chama-se prescrição de longo tempo (*longi temporis praescriptio*) e ocorria se a posse durasse, pelo menos, dez ou vinte anos, respectivamente, se o proprietário habitasse ou não a mesma cidade, depois substituída por província⁵⁴. No entanto, só permitia paralisar, em via de exceção, a reivindicação do proprietário: não produzia efeitos aquisitivos e, portanto, se o possuidor perdesse a sua posse, não a podia recuperar. Um passo mais foi dado: mais tarde, foi-lhe concedida uma acção de reivindicação⁵⁵, mesmo contra o proprietário que, em consequência, deixou de o ser, substituído pelo possuidor.

Entretanto, no ano 365, provavelmente Constantino⁵⁶ concedeu outra exceção contra a reivindicação do proprietário, se o demandado (o fisco, o Imperador, a Imperatriz, a Igreja, as *piae causae*, etc.) tivesse a posse da coisa reivindicada, pelo menos, 40 anos, sem necessidade de boa fé e de justo título⁵⁷. Estamos perante a prescrição de quarenta anos, tempo que o Imperador Teodósio II reduziu para 30 anos, que viria a cumprir mais tarde, uma função aquisitiva; por isso, aproximou-se da usucapição, falando-se de usucapição extraordinária. Sensível a exigências éticas, Justiniano exigiu a boa fé do possuidor, embora apenas no início da posse e dispensou a justa causa⁵⁸.

Passemos aos modos referidos de aquisição derivada. A *mancipatio* foi, durante muito tempo, o negócio jurídico mais importante que transferia a propriedade das coisas mais importantes, ditas *res Mancipi*. Realizava-se na presença de, pelo menos, cinco cidadãos romanos púberes, que serviam de testemunhas, e de outro cidadão que segurava uma balança (*libripens*) e o seu ritual cumpria-se segundo esta ordem:

1º – o comprador tomava a coisa, se fosse móvel, ou algo que a simbolizasse, se fosse imóvel;

2º – afirmava verbalmente que essa coisa lhe pertence porque a comprou com este cobre;

54 Cf. C. 7,33,12.

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

56 Cf. C. 7,39,2.

57 Cf. C. 7,37,9.

58 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – (direitos reais)*, cit. 88-89.

3º – o homem da balança pesava o cobre que o comprador dava ao vendedor a título de preço⁵⁹.

Observa-se neste ritual a preocupação de publicidade indispensável na transferência da propriedade das coisas mais importantes, ditas *res Mancipi*.

Outra forma de transferir o domínio, agora de coisas menos importantes (denominadas *res nec Mancipi*) era *traditio*. Sendo uma simples entrega, é óbvio que não satisfazia necessidades de segurança, alias desnecessária, por se tratar de coisas pouco valiosas. Mas assegurava o tráfico rápido, sem o formalismo da *Mancipatio*. Consagrou-se mesmo a possibilidade de a entrega ser dispensada, como nos casos da *traditio longa manu*, da *traditio brevi manu*, do *constitutum possessorium* e das formas de *traditio symbolica*, como a *traditio clavium* e a *traditio instrumentorum*⁶⁰.

Referência especial merece a compra e venda. Na época clássica, não transferia a propriedade da coisa vendida, tão-só criava a obrigação ao vendedor de transferir para o comprador a sua posse pacífica. Depois, decorridos dois anos, este tornava-se proprietário por efeito da usucapião se, entretanto, as partes não decidissem fazer uma *Mancipatio* ou *traditio*. Isto é, a compra e venda produzia efeitos obrigacionais e não reais⁶¹. Em causa estava a necessidade de assegurar a indispensável segurança ao comércio jurídico porque, se a compra e venda é um contrato meramente consensual, despido, portanto, de qualquer formalidade, a usucapião pressupõe a posse durante 2 anos que, sendo pública e pacífica, proporciona aquela segurança. E, enquanto este prazo não se cumprisse, o vendedor respondia por evicção da coisa vendida, obrigando-se a defender o comprador ou a pagar-lhe o dobro do preço. Entretanto, o comprador assumia a obrigação de pagar o preço⁶², que devia satisfazer no momento em que o vendedor efectuava a *traditio*⁶³; de contrário, se este o exigisse sem oferecer a entrega da coisa, o comprador podia paralisar a acção através de uma *exceptio*⁶⁴.

59 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 94-95.

60 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 99-102.

61 Cf. D. 19,1,11,8; -19,1,30,1; -19,4,1pr. Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 48-63; e António A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do “sistema do título e do modo” no volume comemorativo dos 75 anos do BFDC* (Coimbra, 2002) 10-12.

62 Cf. D. 19,1,11,2; -19,4,1pr.. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 25-26.

63 Cf. D. 19,1,13,8. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 27-28.

64 Cf. D. 44,4,5,4; C. 8,44(45),5. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 29-30; e SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*⁴ em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2008) 321-327.

Todavia, na época pós-clássica, a compra e venda passou a produzir efeitos reais, ou seja, a transferir, só por si, a propriedade da coisa vendida. Na base desta alteração está o direito, sobretudo consuetudinário, dos novos cidadãos romanos que viviam, sobretudo, nas zonas de influência do direito grego. Constantino consagrou legislativamente esta transformação⁶⁵ e considerou que o pagamento do preço podia ocorrer posteriormente. Ou seja, o comprador adquire imediatamente a propriedade, mas não é obrigado a pagar, nesse momento, o preço. Na base deste regime jurídico estará, provavelmente, a grande inflação que atingia aquela época: o vendedor não deixaria de exigir que o preço fosse imediatamente pago e o comprador era protegido por ter adquirido imediatamente a propriedade: antes, aquele podia recusar a entrega da coisa, se lhe fosse economicamente mais vantajoso; mas doravante esta obrigação não existe e, portanto, o seu incumprimento não se põe⁶⁶.

Os sucessores de Constantino mantiveram esta orientação⁶⁷. Todavia, no tempo de Valentiniano (anos 451 e 452), foi consagrada legalmente a exigência de pagamento do preço como requisito necessário à transferência da propriedade⁶⁸, acolhendo-se, destarte, uma prática corrente. Doravante, a compra e venda transfere a propriedade da coisa vendida, desde que o seu preço seja imediatamente pago⁶⁹.

Volvidos alguns anos, já na época de Justiniano, importa ter presentes dois aspectos importantes: a *mancipatio* tinha desaparecido, substituída pela *traditio*⁷⁰ que tanto serve para transferir a posse⁷¹ como a propriedade⁷², funcionando a compra e venda de justa causa; e o Imperador é um classicista⁷³. Com estas notas, podemos observar e compreender um regresso e um progresso: aquele traduz-se na recuperação dos efeitos obrigacionais da compra e venda clássica: volta a obrigar o vendedor a entregar a coisa ao comprador⁷⁴, embora

65 Cf. C. 5,16,24pr.; -8,36(37),2; -5,27,1,1.; C. Th. 11,3,2; -4,5,1; -4,6,3. Vide VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português em Studia Iuridica 70. Jornadas romanísticas. Colloquia – II* (Coimbra Editora / Coimbra, 2003) 85-88.

66 Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 88-89.

67 Cf. C. 7,38,2; -11,71(70),5,4. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 89-90.

68 Cf. N. Val. 32pr.

69 Cf. *Interpretratio* a PS. II,17,13(14). Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 93-95.

70 Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 96.

71 Cf. D. 19,1,11,8; -19,1,30,1; -19,4,1pr. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 96.

72 Cf. D. 41,1,9,3; -41,1,20pr.; -41,1,31pr; I. 2,1,40 Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 97-99.

73 Vide CRUZ, *o.c.* 35 e 451.

74 Cf. D. I. 2,1,40; -3,23,3a. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 95-96.

a *traditio* já não transfira a posse, mas a propriedade; este (o progresso) consiste na consagração do requisito do pagamento do preço para que a propriedade da coisa comprada possa ser adquirida pelo comprador⁷⁵.

Por isso, pode agora definir-se a compra e venda como um contrato consensual, bilateral, de boa fé, através do qual o vendedor se obriga a transferir a propriedade da coisa vendida e o vendedor, a pagar o preço.

Resta-nos, para terminar, falar da tutela da propriedade romana. Não nos ocuparemos dos meios que tutelam a posse, dita causal, ou seja, a posse do proprietário que pode indistintamente socorrer-se da tutela possessória e dos meios que protegem o direito de propriedade, embora, como sabemos, a tutela da posse fosse mais fácil: bastará ter presente a facilidade de provar a posse, que é pública, em contraste com o ónus da prova da propriedade, a que os jurisconsultos das escolas medievais chamaram *probatio diabolica*⁷⁶.

O instrumento, por excelência, de tutela da propriedade é a acção de reivindicação (*reivindicatio*) que permitia ao proprietário obter o reconhecimento do seu direito e a restituição da coisa. Todavia, se o possuidor demandado, encontrando-se de boa fé, tivesse feito despesas, importava distinguir: quanto às benfeitorias necessárias, devia ser indemnizado e, enquanto não fosse ressarcido, gozava do direito de retenção; em relação às benfeitorias úteis, a indemnização não devia ultrapassar o menor valor: a despesa ou o melhoramento e o possuidor gozava do direito de retenção e podia retirar as coisas acrescentadas se materialmente fosse possível; e tratando-se de benfeitorias voluptuárias, só lhe restava o *ius tollendi*, se não deteriorasse a coisa possuída. Se estivesse de má fé, não gozava, na época clássica, de nenhum direito, mas Justiniano, sensível ao princípio de que ninguém deve enriquecer à custa de outrem, concedeu-lhe o direito de retirar as coisas acrescentadas, se fosse possível⁷⁷.

No entanto, observa-se uma profunda anomalia na época clássica: o possuidor demandado, que tenha sido condenado a restituir a coisa possuída, pode desobrigar-se pagando o seu valor; por isso, em rigor, pode não a restituir, situação gravíssima se considerarmos que a *res* pode ter, para o seu proprietário, um valor de afeição manifestamente superior ao valor objectivo.

Sensível a este problema grave, coube ao direito justinianeu afastar esta dificuldade, permitindo que a condenação determine a restituição da coisa e admitindo a execução directa com recurso à autoridade pública⁷⁸.

75 Cf. D. 41,1,31pr.; I. 2,1,41. Vide VIEIRA CURA, *ibidem* 99-100.

76 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 279.

77 Cf. D. 5,3,38; -5,3,39,1; -6,1,27,5; -6,1,37; -6,1,38; -26,7,32,5; C. 3,32,5,1pr.

78 Cf. D. 6,1,68.

Além da acção reivindicatória, o proprietário podia dispor de uma acção negatória contra quem afirmasse a titularidade de um direito real menor⁷⁹; e de uma acção confessória para obter o reconhecimento do seu direito, no caso de ser posto em causa.

Não menos importante é a tutela das relações de vizinhança. Destacamos, para não abusarmos da paciência de quem nos escuta, algumas figuras jurídicas:

1. A caução de dano iminente (*cautio damni infecti*): é uma garantia imposta pelo magistrado em que o proprietário de um imóvel ou o autor de uma obra em curso promete indemnizar o vizinho se ocorrerem os danos temidos em consequência de um vício da casa, da árvore, do local ou da obra. Na *ratio* da concessão deste expediente está a necessidade de proteger eficazmente os vizinhos pelo desabamento de casa que os escritores romanos comentavam, repetidamente, como verdadeiras desgraças⁸⁰;

2. A denúncia de obra nova (*operis novi nuntiatio*): é a intimação a um vizinho para que não faça determinada obra ou a interrompa, por se entender lesiva de um direito. Trata-se dum expediente que, oferecendo uma tutela rápida, eficaz e prática, embora provisória, contra uma lesão temida, evita danos e incómodos ao denunciante e ao denunciado. É também um acto extrajudicial que devia ser praticado no local da obra e podia ser feito oralmente aos operários ou a quem se encontrasse no local em representação do *dominus operis*, porque, ensinavam os Romanos, a denúncia dirige-se mais à *res* do que à pessoa⁸¹. Se eventualmente o denunciado recusasse, o denunciante gozava de um *interdictum* a que os Glosadores chamaram *demolitorium* por ordenar a demolição do que foi construído após a denúncia⁸². Entretanto, na época justinianeia, o denunciado podia prosseguir a obra desde que apresentasse um fiador que garantisse a destruição do *opus* construído depois da denúncia⁸³.

3. A acção de contenção de águas pluviais (*actio aquae pluviae arcendae*): cumpriu, na época clássica, uma função negativa: impedir um dano causado pelo aumento da força ou violência das águas pluviais, devido a obras feitas num prédio vizinho superior que alterem o seu curso natural. Esta função justificava-se pelo facto de a Itália ser rica em água e as grandes chuvadas porrem o problema da defesa dos prédios, impedindo as obras que aumentassem

79 Cf. D, 8,5,2pr.; -8,5,4,2.

80 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit.117.

81 Cf. D. 39,1,10; -39,1,23.

82 Cf. D. 39,1,20pr.; -39,1,20,1; -39,1,20,1. Vide BONFANTE, *o.c.* 384.

83 Cf. C. 8,10,14.

a força dos cursos de água. Todavia, mais tarde, na época de Justiniano, esta função alterou-se em consequência de a água se ter tornado escassa: passou a proteger também a utilização das águas pluviais e, por isso, combateu não só os obstáculos que alterassem o seu curso natural, mas também a utilização excessiva. Ter-se-á, assim, acolhido a ideia de que o proprietário de um prédio tem um direito real sobre a água que aí corre, mas somente a pode utilizar até ao limite da sua utilidade⁸⁴.

4. A acção de árvores cortadas (*actio de arboribus caedendis*): permitiu ao proprietário de um prédio invadido pelos ramos provenientes de árvore situada no prédio vizinho que exigisse o seu corte até à altura de 15 pés, limite imposto por exigências de cultivo agrícola⁸⁵. Se recusasse, o vizinho podia cortar e apoderar-se dos ramos. A mesma acção podia ser intentada no caso de as raízes invadirem um prédio vizinho⁸⁶ e para remover uma árvore que o vento inclinou sobre um prédio alheio⁸⁷.

5. O interdito de fruto colhido (*interdictum de glande legenda*): é um expediente concedido ao proprietário de frutos que proíbe o dono do prédio vizinho, onde tenham caído, de impedir que aquele invada o seu terreno para aí colher esses frutos em dias alternados⁸⁸. No entanto, o dono dos frutos devia prestar a caução de dano iminente que o responsabilizava pelos danos eventualmente causados. Estamos, também aqui, perante uma limitação da propriedade estabelecida no interesse da agricultura.

Terminaremos com algumas referências, necessariamente breves, ao direito de propriedade consagrado nos Códigos Civis de Portugal e do Brasil.

Assim, quanto à noção de propriedade, observa-se que, avisadamente, o Código Civil português não a define, referindo, tão-só, o seu normal conteúdo: “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com a observância das restrições por ela impostas”⁸⁹. Mesmo assim, a crítica destaca que o gozo não é específico da propriedade e pode haver proprietários sem o uso e a fruição e mesmo sem o direito de disposição⁹⁰: são os casos, respectivamente, da nua propriedade em consequência, v.g., do direito de usufruto ou

84 Cf. D. 39,3,1,11; -39,3,2,9. Vide BONFANTE, *o.c.* 443-445.

85 Cf. Lei das XII Tábuas VII,9^a-b; D. 43,27,1,8.

86 Cf. D. 47,7,6,2.

87 Cf. D. 43,27,2.

88 Cf. Lei das XII Tábuas VII,10; D. 43,28,1pr.

89 Cf. art. 1305°.

90 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 215-217.

de uso e habitação; e da propriedade doada com a reserva de o doador dispor, por acto *mortis causa* ou *inter vivos*, da coisa doada⁹¹ ou se estipular que os bens doados voltem ao seu património, se sobreviver ao donatário⁹².

O Código Civil brasileiro também não define a propriedade. Limita-se a referir que 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*”⁹³, acrescentando, no § 1º. que “*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*”.

Se considerarmos que as limitações expressas no direito brasileiro cabem nas limitações legais consagradas no direito português, restam-nos as faculdades de usar, gozar e dispor (direito brasileiro) e de usar, fruir e dispor (direito português). Se entendermos que o gozo compreende a fruição, teremos a célebre fórmula romana *uti, frui, habere et possidere*. E se acrescentarmos as limitações legais (presentes e futuras), estaremos perante a famosa definição que BARTOLO elaborou a partir dos textos romanos.

Quanto às suas características, assinalam-se, no direito português diversas notas, como a indeterminação, a exclusividade e a elasticidade. A primeira distingue a propriedade dos direitos reais limitados que têm um conteúdo preciso determinado pela lei ou fixado pelos particulares em casos excepcionalmente permitidos como sucede, v.g., no usufruto, um tipo relativamente aberto⁹⁴. A segunda diz-nos que sobre a mesma coisa só pode haver um direito de propriedade. E a terceira observa-se no facto de, extinto um direito real que a limite, a propriedade se reconstituir plenamente⁹⁵.

Em relação ao direito brasileiro, já falámos de Orlando GOMES para quem “*a propriedade é um direito complexo*” e o proprietário “*exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível*”⁹⁶. Estamos perante a indeterminação. Depois, a exclusividade é-nos apresentada pelo eminente juriconsulto brasileiro, quando refere que “*a propriedade é o mais amplo direito de utilização económica das coisas, direta ou indiretamente*”

91 Cf. art. 959º.

92 Cf. art. 547 do Código Civil brasileiro.

93 Cf. art. 1.228.

94 Cf. art. 1445º.

95 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 218.

96 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 109-110.

e que “o proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver”⁹⁷. E quanto à elasticidade, é igualmente destacada por Orlando GOMES quando escreve que “pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis”⁹⁸.

São marcas que remontam ao direito romano, a que podemos acrescentar a confinidade, a absorvência e a perpetuidade. Aquela está presente na faculdade de o proprietário exigir a demarcação⁹⁹. A absorvência manifesta-se, desde logo, na circunstância de abranger o espaço aéreo e o subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício¹⁰⁰. E a perpetuidade, ou seja, a não cessação pelo decurso de um prazo, é mais uma marca que os Romanos consagraram no conhecido aforismo “*semel dominus, semper dominus*”, embora os direitos português e brasileiro não afastem a excepção da propriedade revogável, como sucede, *v.g.*, no fideicomisso com a propriedade do fiduciário e, na retrovenda, com a propriedade do comprador¹⁰¹.

Passemos às limitações.

Por interesse público, o direito brasileiro proíbe os actos “que não tratem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”¹⁰²; e o direito português não deixa de reconhecer esta proibição na figura do abuso do direito, determinando que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”¹⁰³. Recordemos que as fontes do direito romano serviram de base à elaboração das doutrinas dos actos de emulação e do abuso do direito¹⁰⁴.

Ainda com base no superior interesse público encontramos, em Roma, em Portugal e no Brasil, o instituto da expropriação (Portugal)¹⁰⁵ ou da desapropriação (Brasil)¹⁰⁶, cujos regimes jurídicos são fundamentalmente idênticos.

97 Vide Orlando GOMES, *o.c.*110.

98 Vide Orlando GOMES, *o.c.*110. Cf. art. 1.231 do Código Civil brasileiro.

99 Cf. arts. 1353º e 1.297, respectivamente dos Códigos Civis português e brasileiro.

100 Cf. arts. 1.229 e 1334º. dos Códigos Civis brasileiro e português.

101 Vide Orlando GOMES, *o.c.*114-115e 151-152; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 226-228.

102 Cf. art. 1.228 § único.

103 Cf. art. 334º.

104 Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit. 35.

105 Cf. art. 1308º.

106 CF. art. 1.228. § 3º.

Por interesse privado, destacamos:

a) a proibição de o proprietário de prédio superior desviar o curso natural das águas. Está contemplada no direito português¹⁰⁷ e no direito brasileiro¹⁰⁸;

b) a faculdade que o proprietário de um prédio tem de exigir o corte dos ramos ou raízes de árvore situada em prédio vizinho ou de ele próprio os cortar se o dono da árvore recusar está também consagrada no Código Civil português¹⁰⁹ e no Código Civil brasileiro¹¹⁰;

c) os frutos caídos no prédio vizinho pertencem, no direito português, ao dono da árvore que pode deslocar-se a esse prédio, embora seja responsável pelos danos eventualmente causados¹¹¹, enquanto, no direito brasileiro, pertencem ao proprietário do prédio onde os frutos caírem¹¹². Nota-se, aqui, uma diferença profunda que afasta os nossos direitos: o português seguiu a tradição romanista; o brasileiro afastou-se, quicá influenciado pelos direitos alemão e italiano. Este afastamento põe o problema delicado de saber a que título os frutos são adquiridos por quem não é dono da árvore, só porque caíram no seu terreno. Problema que na Itália foi resolvido por quem entende que *“o preceito não é aplicável quando os frutos caíam por obra do homem ou em consequência de factos estranhos à vida do fruto, como em resultado do vento ou da chuva e não da sua completa maturação”*¹¹³. Não se ignora que a solução romana, embora mais justa, tem, como observa Orlando GOMES, *“inconvenientes, já que a penetração do dono da árvore no terreno vizinho motivava frequentes desinteligências”* e *“daí a preferência pela (solução) manifestada por algumas legislações, entre as quais passou a se incluir a nossa”*¹¹⁴. Mas também dificilmente se compreenderá que o dono do prédio adquira a propriedade dos frutos aí caídos por efeito de factores como a chuva e o vento em prejuízo do dono da árvore que, só ele, se preocupou com o seu cultivo. Por isso, se deve compreender a limitação da doutrina e da jurisprudência italianas.

107 Cf. art. 1351º. nº. 1.

108 Cf. art. 1.288.

109 Cf. art. 1366º. nº. 1

110 Cf. art. 1.283.

111 Cf. art. 1367º.

112 Cf. art. 1.284.

113 Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado III*² (reimpressão), com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA (Coimbra Editora / Coimbra, 1987); e SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 249.

114 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 226.

d) a proibição de se introduzirem, no prédio vizinho, fumos, poeiras, vapores, humidade, odores, etc. está consagrada também nos nossos direitos. Em Portugal, determina-se que o proprietário vizinho pode opor-se a essas emissões sempre que “*importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização do prédio de que emanam*”¹¹⁵, entendendo a doutrina que o prejuízo substancial deve ser aferido pelo fim a que o imóvel se encontra afectado¹¹⁶. No Brasil, determina-se que “*o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha*”¹¹⁷ e deve considerar-se “*a natureza da utilização, a localização do prédio*” tendo também em atenção “*os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança*”¹¹⁸. Como observa Orlando GOMES, “*a normalidade não diz respeito apenas ao exercício do direito de propriedade, mas também, às consequências do uso, ao prejuízo ou ao incômodo que o proprietário possa causar ao vizinho*” e considera que “*a especificação completa dos atos abusivos e excessivos é impossível de fazer-se*”, embora “*uma enumeração exemplificativa não será desinteressante*”¹¹⁹. É esta enumeração que o Código Civil português apresenta¹²⁰.

Passemos, agora aos modos de aquisição da propriedade. Também aqui o tempo breve aconselha uma selecção: escolhemos a ocupação, a formação de ilhas nos rios, a descoberta de tesouro, a acessão, a usucapião e a compra e venda.

A ocupação está consagrada nos nossos direitos, destacando a doutrina três requisitos: o primeiro, pessoal: o ocupante deve ser uma pessoa com capacidade de gozo bastante, embora não se exija a capacidade de exercício; o segundo, real: a coisa ocupável deve ser móvel¹²¹ e *res nullius*, podendo tratar-se de coisa que não teve dono ou, porque abandonada, deixou de o ter; e o terceiro, formal: a tomada de posse¹²².

Quanto à formação de ilhas formadas nos rios, o direito português refere-a no âmbito da acessão natural¹²³, enquanto o direito brasileiro dedica uma sub-

115 Cf. art. 1346°.

116 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 235.

117 Cf. art. 1.277.

118 Cf. art. 1.277 parágrafo único.

119 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 224.

120 Cf. art. 1.346°.

121 Em Portugal, as coisas imóveis sem dono conhecido pertencem ao Estado. Cf. art. 1345°.

122 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 254-255; e Orlando GOMES, *o.c.* 199-200.

123 Cf. art. 1331°.

secção específica (subsecção I) do capítulo II destinado à aquisição da propriedade imóvel. Observa-se ainda uma profunda diferença: no direito português, pertencem ao dono da parte do leito ocupado¹²⁴; portanto, em rigor, não se trata de acessão, porque o leito dos rios (não navegáveis nem fluviáveis) é propriedade privada¹²⁵. Pelo contrário, no direito brasileiro “*consideram-se acréscimos sobrevivendo aos terrenos ribeirinhos de ambas as margens, na proporção das suas testadas, até à linha que dividir o álveo em duas partes iguais*”¹²⁶ e “*as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado*”¹²⁷. Esta solução provém do direito romano e foi igualmente consagrada, em Portugal, nas Ordenações e no Código Civil de 1867, mas abandonada no actual Código Civil.

Outra figura eminentemente romana é a descoberta de tesouro. No direito português, consagra-se a solução romana do Imperador Adriano e acolhida por Justiniano no *Corpus Iuris Civilis*: metade pertence ao proprietário da coisa onde foi descoberto; a outra metade, ao descobridor¹²⁸. O direito brasileiro acolhe a mesma solução¹²⁹. Todavia, se a coisa onde o tesouro é descoberto for objecto do direito de usufruto, a metade do tesouro pertence, no direito português, ao proprietário¹³⁰, enquanto, no direito brasileiro, é atribuída ao usufrutuário “*se o usufruto recai sobre universalidade ou quota-parte de bens*”¹³¹. Mesmo com esta restrição, poder-se-á porventura afirmar que o legislador português terá sido mais coerente, atendendo ao facto de o tesouro não se poder considerar fruto: não é coisa produzida periodicamente por outra¹³² e, por isso, não cabe no direito de fruição atribuído ao usufrutuário¹³³. E se recorrermos ao 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*”¹³⁴.

A acessão é outra figura acolhida nos nossos direitos. Como referimos, no direito romano a coisa acessória acedia à coisa principal, com a dificul-

124 Cf. art. 1331º. nº. 1.

125 Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 263.

126 Cf. art. 1.249 I

127 Cf. art. 1.249 II.

128 Cf. art. 1324º.

129 Cf. art. 1.264

130 Cf. art. 1461º.

131 Cf. art. 1.392 § 3.

132 Cf. art. 212º. nº. 1 do Código Civ.I português.

133 Cf. art. 1446º. do Código Civil português.

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

dade da sua determinação que se observa na dualidade de critérios: o físico e o económico. Todavia, enquanto no direito português é uma figura jurídica subdividida em dois grandes grupos (natural e industrial)¹³⁵ e a especificação se enquadra na acessão industrial mobiliária¹³⁶ quando, em rigor, não é acessão¹³⁷, o direito brasileiro ocupa-se da especificação em secções diferentes e, deste modo, preserva a sua identidade¹³⁸.

Merece referência particular a avulsão que depende de o dono da porca de terra que se acrescenta a outro prédio a não reclamar no prazo de um ano ou de seis meses, respectivamente, no direito brasileiro¹³⁹ e no direito português¹⁴⁰. Se indagássemos a razão destes prazos, teríamos que recorrer ao jurisconsulto romano ALFENUS que nos dá a resposta: “*só se pode reivindicar a terra que se tenha juntado ou unido à outra terra*”, como “*tão-pouco se pode reivindicar a +arvore que, deslocada para o meu campo, lançou raízes na minha terra*”¹⁴¹. Esta solução, igualmente defendida por GAIUS¹⁴² e definitivamente consagrada no direito justiniano¹⁴³, 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 adquire, nesse momento, a propriedade da terra deslocada por avulsão.

A usucapião é outra figura jurídica particularmente importante, consagrada nos nossos direitos. É bem conhecida a sua grande complexidade, que já se permite observar na própria evolução terminológica. Vocábulo derivado dos termos *usus* (que, no velho direito romano significava posse) e *cipio* (que significa tomar), a usucapião pode definir-se etimologicamente como tomar pela posse¹⁴⁴. A etimologia suscitou algumas dificuldades na redacção do ac-

135 Cf. art. 1326º. Do Código Civil.

136 Cf. arts. 1336º, 1337º. e 1338º.

137 Se fosse acessão, considerar-se-ia o trabalho uma coisa. Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 260.

138 Cf. arts. 1.248 e 1.269 do Código Civil.

139 Cf. art. 1.251.

140 Cf. art. 1329º. nº. 1.

141 Cf. D. 39,2,9,2.

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

143 Cf. I. 2,1,21.

144 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 184.

tual Código Civil português, onde se opôs o ponto de vista dos filólogos que defendiam tratar-se dum vocábulo do género feminino à opinião dos juristas segundo a qual pertence ao género masculino, por ser mais relevante o elemento *usus*. Entretanto, no Brasil, foi consagrado, no Código Civil de 1916, o género masculino¹⁴⁵ e só mais tarde, por efeito da Lei 6.969 de 10/12/1981 se determinou que deve dizer-se “*a usucapião*”, ou seja, consagrou-se legalmente o género feminino.

Limitando-nos à prescrição aquisitiva trintenária, hoje consagrada nos Códigos Cívicos português e brasileiro, embora o prazo tenha sido reduzido, respectivamente a 20¹⁴⁶ e a 15 e 10 anos¹⁴⁷, independentemente de título e de boa fé, a sua origem remonta à prescrição de tempo longíssimo (*longissimi temporis praescriptio*) que, como referimos, foi criada por Constantino se a posse durasse, pelo menos, 40 anos, tempo reduzido para 30 anos por Teodósio II, sem necessidade de justo título e de boa fé.

Esta solução foi afastada nas nossas Ordenações¹⁴⁸ que, considerando ofensivo da moral que o possuidor de má fé possa adquirir a propriedade da coisa possuída, optaram pelo recurso ao direito canónico que repeliu a solução romana. Portugal era um País cristão e os nossos tribunais não deviam decidir com base num direito com forte influência pagã. Todavia, os tempos mudaram e, em 18 de Agosto de 1769, ou seja, em plena época iluminista, uma lei, crismada de “*boa razão*” por CORRÊA TELLES¹⁴⁹, ordenou que a “*suposição de pecado, como motivo das leis pátrias, se haja por não escrita*”¹⁵⁰. O passo seguinte foi dado por COELHO DA ROCHA, quiçá o maior civilista português do século XIX¹⁵¹ que escreveu: “*Necessariamente havemos de dar por antiquado, e sem execução, o último período da mesma Ordenação sobre a má fé, como disposição sem fundamento*”¹⁵². E foi nesta linha que o Código Civil português de 1867 consagrou a prescrição aquisitiva trintenária, mesmo que o possuidor tenha agido de má fé¹⁵³.

145 Cf., v.g., o art. 550º.

146 Cf. art. 1296º. do Código Civil português.

147 Cf. art. 1.238 do Código Civil brasileiro

148 Cf. Ordenações Afonsinas II,9,1; Ordenações Manuelinas II,5pr.; e Ordenações Filipinas III,64pr.

149 Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 366^l.

150 Cf. § 12 da Lei da 18/8/1769.

151 Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 467-468.

152 Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez* II⁸ (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917) 605.

153 Cf. art. 529º.

Entretanto, no Brasil, onde as Ordenações Filipinas vigoraram até à vigência do primeiro Código Civil por efeito da Lei de 20/10/1823, TEIXEIRA DE FREITAS, considerado “o Cujácio brasileiro”, o “grande Lidador”, “um gênio” e “um dos maiores jurisconsultos da latinidade moderna”¹⁵⁴ escreveu, no art. 1321 da *Consolidação das Leis Civis* que “o possuidor de má fé em tempo algum poderá prescrever”, posição que é um efeito lógico da sua opinião sobre a boa fé: “é a alma do comércio, que não pode subsistir sem ela”. Porém, o tempo passou e o Código Civil de 1916, para o qual TEIXEIRA DE FREITAS tanto contribuiu, dispensou a boa fé na posse de 20 anos¹⁵⁵.

Em relação à compra e venda, vimos que, no direito romano da época de Justiniano, só produzia efeitos obrigacionais: o vendedor obrigava-se a transferir a propriedade da coisa vendida através duma *traditio*, enquanto o comprador devia pagar o preço. No direito português, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas¹⁵⁶ acolheram esta orientação até que, no século XIX, COELHO DA ROCHA escreveu: “*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*”¹⁵⁷. E lendo CORRÊA TELLES, cuja obra constitui outra referência importante¹⁵⁸, observamos que “*adquirimos a propriedade das cousas pela compra*”¹⁵⁹; e que “*como a compra é imperfeita, em quanto se não fez a escritura ou escrito, que as partes ajustarão fazer; também o perigo ou perda da coisa é por vontade do vendedor, em quanto a escritura se não faz*”¹⁶⁰. O nosso jurisconsulto tinha afastado uma incongruência do direito romano: o comprador ainda não é dono e já responde pelo risco; agora, não. Com isto o direito português aproximou-se do *Code Civil* francês¹⁶¹ e voltou as costas à longa tradição jurídica de Portugal.

154 Vide CÂNDIDO MENDES *apud* Sílvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do império. Vida e obra*² (Brasília, 1983) 179; José Gomes B. CÂMARA, *Subsídios para a história do direito pátrio* III (Livraria Brasileira Editora / Rio de Janeiro, 1966) 100; e Orlando de CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no BFD LX* (1984) 3 e 5.

155 Cf. art. 550.

156 Cf. Ordenações Filipinas IV,7pr.; -IV,7,1; -IV,7,2.

157 Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 649-650.

158 Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 467².

159 Vide 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.

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

161 Cf. art. 1583.º. do Código Civil francês; e art. 715.º. do Código Civil português.

No Brasil, TEIXEIRA DE FREITAS defendeu intransigentemente a nossa tradição¹⁶², sustentando que “*sem a traditio não há transferência de domínio*”¹⁶³ e contestou, com rara violência, o desvio do Autor do Código Civil português, falando de “*uma decepção tremenda*” e do “*abandono de todas as tradições, de todos os costumes e hábitos nacionais*”¹⁶⁴. Em consequência, os Códigos Civis de 1916 e de 2002 mantêm esta orientação e, por isso, afirmou Guilherme BRAGA DA CRUZ, 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*”¹⁶⁵.

Para terminar, resta-nos falar da tutela da propriedade que os nossos direitos oferecem ao proprietário.

Como em Roma, também a acção de reivindicação é o instrumento idóneo de que o proprietário goza para recuperar a coisa em poder de terceiro. É, como a doutrina destaca, uma consequência do direito de seqüela¹⁶⁶. No entanto, a dificuldade de provar o seu direito (basta pensar que pode ter sido adquirido *a non domino*) e a necessidade de percorrer uma cadeia sucessiva de alienantes até que se encontre um dos modos da aquisição originária, com destaque para a usucapião, faz da prova uma *probatio diabolica* que o proprietário pode evitar se for possuidor, através da tutela possessória¹⁶⁷. Trata-se duma doutrina elaborada na Idade Média com base nas fontes do direito romano, que se conserva actual.

Presentes estão também as acções negatória e confirmatória¹⁶⁸ e outras acções, como as de indemnização¹⁶⁹ e de prevenção de danos¹⁷⁰. Não se esqueça, no entanto, que o campo por excelência de atritos ocorre no âmbito das relações de vizinhança que, nas palavras sábias de Orlando GOMES, “*à lei cabe evitá-los ou compô-los*”¹⁷¹. E o direito romano ensinou e continua a ensinar legisladores e juristas, sugerindo os instrumentos adequados.

162 Cf. arts. 534 e 535 da *Consolidação das leis civis*; e arts. 1971 e 2023 do *Esboço*.

163 Vide *Consolidação das leis civis*, cit. 303.

164 Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 171-175.

165 Vide Guilherme BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro em Scientia Iuridica IV (Scientia & Ars Editorial / Braga, 1954-1955)* 259-260.

166 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 292; e SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 278.

167 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 293; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 279-280.

168 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 294-296; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 280.

169 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 296-297.

170 Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 283.

171 Vide Orlando GOMES, *o.c.* 215.

Paira, nas minhas palavras, que já vão longas, a ideia de que o direito português e o direito brasileiro coincidem em muitos aspectos que merecem o regime da propriedade. Se, agora, perguntarmos porquê, a resposta não é difícil: até à independência do Brasil, vigorou, aqui e em Portugal, um único direito que os Romanos construíram com inextinguível sabedoria. E depois, por acção da ciência jurídica ministrada nas Universidades de Portugal e do Brasil que encontra a sua forte expressão em jurisconsultos de enorme envergadura; e dos nossos tribunais, brasileiros e portugueses, a quem devemos o progresso e o bem-estar que só a *pax* jurídica permite.