

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

Antonio 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.

No pouco tempo de que dispomos, apreciaremos 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.

* O texto que agora se publica foi elaborado para servir de apoio à intervenção do Autor no II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral, organizado pelo CENOR na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nos dias 10 e 11 de Maio de 2007.

1 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, actualizada por Luiz Edson Fachin (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2004) 158.

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

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 vênia, 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, 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 recebeo por compra da dita cousa, e nom lha entregou, vendendo-a a outrem, que della fez senhor, pola entregua 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 recebeo o dinheiro, e a vendeo a outrem, e o fez della senhor pola entregua 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 alguém, 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 perteence ao comprador, ainda que a dita perda e dapno acontecesse, ante que lhe a dita cousa fosse entregue”.*

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 entregue⁴.”*

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 entregue⁵.”*

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

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

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

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.

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 juris-

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*”. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do direito português*³, reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000) 379.

7 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 MELLO FREIRE, *o.c.* 66.

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

consultos¹⁰, 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.

10 ALMEIDA COSTA, *o.c.* 468, refere que as suas Instituições “vieram, de facto, ao encontro da necessidade de um livro actualizado que substituísse 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 M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez II*⁸ (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917) 547.

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

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

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

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 proveito, que sobrevem à coisa 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.

15 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.

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

18 CORRÊA TELLES, *o.c.*, n.º 336.

19 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*) 40⁴¹.

21 Cf. art.º 715º.

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 Civis* 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.

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 lusíada 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.

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

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

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

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

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

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

28 Vide a nota anterior.

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

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 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.

30 Cf. art. 1305°.

31 Cf. art. 1228°.

32 Cf. art. 1228 § único.

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

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

35 SANTOS JUSTO, *ibidem* 16.

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

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;

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 Portugueses 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.

44 Cf. arts. 1308º. e 1309º.

45 Cf. art. 1346º.

46 Cf. art. 1347º.

47 Cf. art. 1350º.

48 Cf. art. 1366º.

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.

Todavia, o código brasileiro está mais longe quando atribui a propriedade dos frutos caídos em terreno vizinho ao dono deste, tratando-se de propriedade 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 caem 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.

49 Cf. art. 1280.

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

51 Cf. art. 1350º.

52 Cf. art. 1284.

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

54 Cf. art. 1367º.

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

Quanto aos modos de aquisição do direito de propriedade, encontramos, ressaltando a via contratual, os mesmos nos direitos português e 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 indenização⁵⁶. Decorrido esse prazo, dá-se a acessão: o proprietário do terreno acrescentado adquire, sem indenização, 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.

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 indenização.

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*

56 Cf. art. 1251.

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

58 Cf. art. 1329º. nº. 1.

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

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 em tempo remoto por donos desconhecidos”⁶⁶, definições que, conciliadas, permitem defini-lo como qualquer objecto móvel valioso, escondido em tempo

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

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

62 Cf. I. 2,1,21.

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

64 Cf. art. 1324º. nº. 2.

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

66 Cf. C. 10,15,1.

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 justinianeu⁶⁸ 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 ressio 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*

67 SANTOS JUSTO, *ibidem*. 56.

68 Cf. C. 10,15,1.

69 SANTOS JUSTO, *ibidem*. 59.

70 Cf. II,7,5.

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 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*

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

72 Cf. artº. 11. nº. 1.

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

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

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 juriconsulto 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 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*

75 Cf. art. 1439°.

76 Cf. D. 50,17,202.

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

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

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

80 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 Orlando GOMES, *o.c.* 339-340.

*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 a conservação e restituição⁹², de obrigar o usufrutuário “*a dar ciência ao dono de qualquer lesão*”⁹³ e de fa-

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.

92 Cf. art. 1.400.

93 Cf. art. 1.406.

zer 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.

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.

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 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.

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

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

103 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 SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 374-375.

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 () recai*”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 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 usufru-

109 Cf. art. 1.410.- VIII.

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

111 Cf. art. 205º.

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

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

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

tuário-cedente porque, ensinavam os juriconsultos 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 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 sim-*

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. 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. 1 a) *ex vi* arts. 1485^o. e 1490^o.

120 Cf. art. 1490^o.

121 Cf. art. 1.412.

122 Cf. art. 1412 § 2^o.

123 Cf. art. 1.413.

plesmente 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

124 Cf. art. 1.414.

125 Cf. art. 1.416.

126 Cf. art. 1.413.

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

não há limites impostos por necessidades pessoais e familiares: todos os frutos pertencem ao usufrutuário. Ora podia suceder que os rendimentos fossem excessivos e, portanto, era justo que reverterem 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 vocabulos”, 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 man-

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

129 Cf. D. 7,8,11.

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

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

*ter 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 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 dispendo 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

132 Cf. art. 1524.

133 Cf. art. 1526°.

134 Cf. art. 1.369.

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 n.º. 10257 (Estatuto da Cidade) de 2000 e encontra-se consagrado no Código civil actual.

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

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

136 Cf. art. 2308º.

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

138 Cf. art. 1.370.

139 Cf. artº. 1.372.

140 Cf. art. 1.373.

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

141 Cf. art. 1.375.

142 Cf. art. 1535º.

143 PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado III*² (reimpressão) com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA (Coimbra Editora/Coimbra, 1987) 603.

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

145 Cf. art. 1.378.

necessárias à sua conservação e uso, salvo convenção em contrário¹⁴⁶; se as despesas foram assumidas pelo dono do prédio 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 restabe-

146 Cf. arts. 1.380 e 1.381.

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. 1543°.

153 Cf. art. 1545°.

154 Cf. art. 1551°.

155 Cf. art. 1567°, n.º 1.

156 Cf. art. 1567°, n.º 4.

157 Cf. art. 1555°.

lecimento 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 indivisível! 158□.

8. Conclusão.

É já tempo de concluir esta breve exposição comparativa de algumas figuras de direitos reais consagradas nos códigos civis português e brasileiro.

Observamos diferenças que, comparadas com as semelhantes, são meras exceções a um regime jurídico comum que transmite aos nossos direitos uma marca de identidade.

Por isso, sem grande dificuldade, podem os juristas dos nossos Países estudar e advogar as mesmas causas, em Portugal e no Brasil, no debate sempre extraordinário e aliciante que é a discussão jurídica.

E, também por isso, vale a pena recordar o que dissemos noutra momento: “*Unidos pela mesma história jurídica que percorre o direito brasileiro desde 1500 até praticamente 1916 (ano em que as Ordenações Filipinas deixaram de vigorar no Brasil), os nossos Países constituem uma Pátria jurídica sabiamente edificada e protegida pela jurisprudência e pela doutrina de que nos or-*

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

gulhamos. Por isso, não é diferente viver em Portugal ou no Brasil: a casa é a mesma, regida pelo mesmo direito, suportada pela mesma cultura e animada pela mesma sensibilidade. Se nos afastamos, logo nos reaproximamos, porque a alma lusíada é um cimento indestrutível que nos une como um só Povo de Estados irmãos”¹⁵⁹.

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)

159 SANTOS JUSTO, *O direito luso-basileiro: codificação civil*, cit. 42-43.