

O Direito das coisas no novo código civil português*.

José Carlos Moreira Alves
Catedrático de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

1.^a conferência

Coube-nos, na divisão das matérias das conferências relativas ao *Nôvo Código Civil Português*, nos “Cursos de Verão” da Universidade Federal do Paraná, sob os auspícios da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciências Sociais e Direito Comparado, a parte referente ao *Direito das Coisas*.

Seguindo as diretrizes da coordenação dêsse ciclo de conferências, pelas quais se deverá dar aos ouvintes idéia das alterações havidas em relação ao Código anterior, fazendo, ainda, breve análise comparativa com o direito brasileiro, assim esquematizamos as duas conferências que ficaram a nosso cargo:

I

SUMÁRIO: 1. O Direito das Coisas na sistemática do novo Código Civil Português. 2. Análise do conteúdo do Direito das Coisas e de seu sistema. 3. A posse. 4. O usucapião. 5. O direito de propriedade.

II

SUMÁRIO: 1. A propriedade das águas, a compropriedade e a propriedade horizontal. 2. O usufruto, o uso e a habitação. 3. A enfiteuse. 4. A superfície. 5. As servidões prediais. 6. Considerações finais.

*. Duas conferências proferidas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em fevereiro de 1969.

A extensão do tema proposto em face da escassez do tempo de que dispomos obviamente sacrificará a profundidade que sua análise exigiria. Esforçar-nos-emos, entretanto, para, com o mínimo de palavras, transmitir o mais que nos seja possível. É o ideal que traduz a máxima latina — *cum paucis, multa*.

I

1. *O Direito das Coisas na sistemática do novo Código Civil Português*. — Rompeu o novo Código Civil Português com a sistemática seguida no velho, de 1867. E, no momento em que, no Brasil, se assiste a movimento de reforma da legislação civil com o repúdio do sistema germânico abraçado, com alterações, pelo nosso Código de 1917, não se deixou levar o legislador português pelas críticas que alguns fazem, sem argumentação convincente, àquele sistema, e aderiu francamente à taxinomia do *Bürgerliches Gesetzbuch*, mais conhecido por suas iniciais B.G.B.

Não se entusiasmaram os juristas portugueses a que se deve a elaboração do novo Código — e note-se que é êle um trabalho de nítido cunho doutrinário, onde, sem se desdenharem as tradições do direito anterior, se acolheram modernas teorias jurídicas —, não se entusiasmaram os juristas portugueses com a unificação parcial do direito privado levada a cabo por suíços e italianos, nem com as diatribes à *Parte Geral* da codificação civil alemã, muito mais antigas do que muitos supõem, pois partem elas de ZITELMANN, no início do século¹.

E, em assim sendo, dividiram o novo Código em cinco livros, dos quais o primeiro se ocupa da Parte Geral do direito civil, tratando os quatro restantes da Parte Espe-

1. *Der Wert eines "allgemeinen Teils" des bürgerlichen Rechts, in Zeitschrift für das Privat-und Öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. XXXIII, págs. 1 a 32.

cial, nesta ordem: Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito da Família e Direito das Sucessões.

Situa-se, portanto, o Direito das Coisas no terceiro dos cinco livros do novo Código, logo em seguida ao Direito das Obrigações, que abre a Parte Especial. Dessa forma, o legislador português, como ocorreu com o alemão na segunda metade do século passado, se afastou da sistemática dos pandectistas, que já se encontra completa na 3.^a edição (1805) do *Lehrbuch der Pandectenlehre* de HUGO e no *Grundriss des Systems des gemeinen Civilrechts* (1807) de HEISE², e segundo o qual o Direito das Coisas, ao invés de suceder, precede ao das Obrigações.

2. *Análise do conteúdo do Direito das Coisas e de seu sistema.* — Versa o livro terceiro (*Direito das Coisas*) do atual Código Civil Português os seguintes institutos jurídicos, na ordem em que se apresentam:

- a) a posse;
- b) a usucapião;
- c) o direito de propriedade (abrangendo a propriedade em geral, a propriedade de imóveis, a propriedade das águas, a compropriedade e a propriedade horizontal);
- d) o usufruto, o uso e a habitação;
- e) a enfiteuse;
- f) o direito de superfície; e
- g) as servidões prediais.

Sob o império do Código Civil de 1867. discutiam os civilistas portugueses quais seriam os direitos que, em face

2. Vide, a propósito, BOEHMER, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, § 11, págs. 70/1, 2.^a ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1965.

do sistema nêle observado, poderiam ser capitulados como direitos reais. Distinguiu aquela codificação, no artigo 2.187, a *propriedade perfeita* (a que consistia na fruição de tôdas as faculdades jurídicas contidas no direito de propriedade) e a *propriedade imperfeita* (aquela em que se fruía de parte apenas dessas faculdades). E, em seguida, no artigo 2.189, assim enumerava as propriedades imperfeitas:

- 1.º a enfiteuse e a subenfiteuse;
- 2.º o censo;
- 3.º o quinhão;
- 4.º o usufruto, o uso e a habitação;
- 5.º o compáscuo; e
- 6.º as servidões.

Deixando de lado a posse (a respeito de cuja natureza jurídica — se fato ou se direito — a controvérsia sempre permanece), verifica-se que alguns eminentes civilistas lusos, como JOSÉ TAVARES³ e CUNHA GONÇALVES⁴, entendiam que as garantias reais (o penhor e a hipoteca) não são direitos reais, mas — e isso nos sistemas latinos, em contra-posição ao germânico — simples acessórias do direito de crédito. Daí, dizer CUNHA GONÇALVES⁵, criticando o art. 674 do Código Civil Brasileiro, que — em seu entender — equiparou erroneamente as garantias reais aos direitos reais:

“Os credores garantidos não exercem direito algum permanente *sôbre a coisa do credor*, mas apenas têm o direito de se fazer pagar com o preço dela, se o seu crédito não fôr pago”.

3. *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, n. 103, pág. 601, Coimbra Editora Lim., Coimbra, 1922.

4. *Princípios de Direito Civil Luso Brasileiro*, vol. I, n. 150-A, pág. 292, Max Limonad, São Paulo, 1951.

5. *Ob. cit.*, vol. I, n. 150-A, pág. 292.

E, mais adiante⁶:

“As garantias reais não são fracções ou limitações do direito de propriedade, são acessórios das obrigações, cujas vicissitudes seguem: com elas nascem, com elas se extinguem”.

Tese, aliás, cujas origens remontam a SOHM, que, em 1864, na obra *Die Lehre vom Subpignus*⁷, dividia os direitos subjetivos patrimoniais em *direitos sobre um objeto* e *direitos a um objeto*, correspondendo os primeiros aos direitos reais, e sendo enquadrados nos segundos os direitos que consistiam na expectativa de valor patrimonial decorrente ou de prestação de ato ou de abstenção do devedor (direitos de crédito), ou de coisa de seu patrimônio (direitos de garantia). Donde se vê que, segundo SOHM, direitos de crédito e direitos de garantia são sub-espécies de u'a mesma categoria jurídica: *os direitos a um objeto*.

E não é para esquecer a concepção, mais antiga (1833), de BÜCHEL, em seu livro *Ueber die Natur des Pfandrechts*, no qual desenvolve a teoria do *direito real de crédito*, tomando por ponto de partida a idéia de que, quando há penhor, a “devedora” nessa relação jurídica seria a coisa (*rei obligatio*), à semelhança dos direitos de crédito em que a pessoa é quem o é.

Mas havia, também, juristas lusos contrários à doutrina de JOSÉ TAVARES e de CUNHA GONÇALVES. Dentre êles destaca-se LUÍS DA CÂMARA PINTO COELHO, que foi, com PIRES DE LIMA, um dos dois autores dos anteprojetos parciais de que resultou o Anteprojeto do Direito das Coisas. Esse professor da Faculdade de Direito de Lisboa, em preleções no curso jurídico de 1944-1945 que foram reduzidas a livro (*Lições de Direitos Reais*) por discípulos, defendia a tese

6. *Ob. cit.*, vol. I, n. 150-B, p. 293.

7. Exposição, em português, da tese de SOHM se encontra em NEVES BA-TISTA, *Penhor de Créditos*, n. 7, págs. 24 e segs., Recife, 1947.

de que, além da *propriedade perfeita* e das *propriedades imperfeitas* a que se referia o Código de 1867, existiam outros direitos reais, como o penhor e a hipoteca⁸.

Em face do Código atual, o problema pode parecer, à primeira vista, dirimido em favor da opinião sustentada por JOSÉ TAVARES e por CUNHA GONÇALVES. Com efeito, além de o penhor e a hipoteca serem disciplinados na parte concernente ao Direito das Obrigações, o artigo 1.306, sob a rubrica “*numerus clausus*”, estabelece, dentro do livro relativo ao Direito das Coisas, que

“1. Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

A questão, porém, não é tão simples quanto se poderá supor, uma vez que não há no novo Código (ao contrário do que sucede no Brasileiro) artigo que contenha a enumeração legal dos outros direitos reais que não o de propriedade. Demais, é o próprio Código que, no artigo 1.539, n. 1, tratando da extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície, estabelece:

“A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos *direitos reais de gozo ou de garantia*”⁹.

8. *Lições de Direitos Reais*, págs. 92 e segs., Tipografia das Oficinas de São José, págs. 92 e segs.

9. Note-se que, na ata em que a Comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto — de que, mais de 20 anos depois, resultou o novo Código Civil Português — fixou as diretrizes de seu trabalho, se lê:

“d) As garantias reais das obrigações deverão ser tratadas na parte das obrigações ou na dos direitos reais ou ainda em parte especial sobre a defesa e garantia dos direitos (como no novo Código Italiano)? — Resolveu-se que se inte-

De qualquer forma, e ainda que se admita a existência, no Código atual, de outros direitos reais (como a hipoteca e o penhor) que não os capitulados no livro relativo ao Direito das Coisas, escapam êles à nossa apreciação, porquanto o nosso objetivo é apenas o estudo da parte da Codificação nova intitulada *Direito das Coisas*.

Por outro lado, é de observar-se, ainda, na análise do conteúdo e do sistema dêsse livro do Código, a existência dos seguintes aspectos dignos de consideração:

- a) a posse, que se apresenta como a exteriorização apenas dos direitos reais, é colocada no início do Direito das Coisas, ao contrário do que ocorria no Anteprojeto de Código Civil Brasileiro, de autoria de ORLANDO GOMES, onde ocupava ela o último lugar, posição de que foi deslocada pela Comissão Revisora;
- b) a usucapião não é disciplinada, como sucede no Código Civil Brasileiro, entre as normas relativas ao direito de propriedade, mas se segue à posse, por ser modo de aquisição, não somente do domínio, mas também dos direitos reais de gozo, com exclusão das servidões prediais não aparentes, do direito de uso e de habitação;
- c) mantêm-se a enfiteuse, o uso e a habitação, que foram abolidas pelo recente Projeto de Código Civil Brasileiro, por serem consideradas por seus responsáveis “espécies anacrônicas ou inconvenientes, algumas inúteis, outras antieconômicas”¹⁰;

grassem na parte das obrigações por ser essa a orientação tradicional portuguesa no ensino do direito civil e dada a função destas garantias” (*apud* ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *A revisão geral do Código Civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXII (1946), pág. 464.

10. *Projeto de Código Civil*, pág. 13, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1965.

- d) introduziu-se no Código o direito de superfície, que inexistia no de 1867, mas que já se encontrava disciplinado no direito português nos artigos 21 a 29 da Lei 2.030, de 22.6.1948, e que correspondia à tradição do direito luso, pois, embora sem tal denominação, era regulado nos §§ 11, 17 e 26 da Lei de 9 de julho de 1773; e,
- e) em contrapartida, aboliu algumas das *propriedades imperfeitas* a que se referia a codificação anterior, a saber: o quinhão (que era o direito de alguém receber uma quota parte da renda de um prédio indiviso, encabeçado em um dos condôminos do mesmo prédio, e por êle possuído), os censos consignativo e reservativo (que passaram a ser considerados como enfiteuse) e o compáscoo.

3. *A posse.* — O novo Código Civil Português, abrindo o livro relativo ao Direito das Coisas, disciplina a posse nos artigos 1.251 a 1.286, que se agrupam em cinco capítulos, assim sistematizados:

- I — *Disposições gerais* (em que se alude à noção de posse; ao seu exercício por intermediário; à detenção; às presunções de posse, à sucessão nela; e à acessão e à conservação da posse);
- II — *Caracteres da posse* (onde se disciplinam as espécies de posse: titulada ou não titulada, de boa ou de má fé, pacífica ou violenta, pública ou oculta);
- III — *Aquisição e perda da posse* (no qual se regulam os modos pelos quais se adquire ou se perde a posse);
- IV — *Efeitos da posse* (capítulo que trata dos efeitos da posse quanto à presunção da titularidade do direito que ela exterioriza; quanto aos frutos, encargos e benfeitorias); e

V — *Defesa da posse* (onde se regulam os meios judiciais e extrajudiciais de proteção da posse).

Confrontando-se a disciplina da posse nos dois Códigos Civis Portugêses, verifica-se, sem maior dificuldade, que o atual é superior no tratamento doutrinário e sistemático da posse, e, embora mantendo a maioria dos princípios antigos, não se limitou simplesmente a reproduzi-los.

Em rigor, a posse — e essa concepção já se vislumbra em BRUNS (*Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*)¹¹ nada mais é do que o exercício de fato de um direito. A tradicional divisão da posse em posse de coisa e posse de direito (a *quasi possessio* dos romanos) não corresponde à realidade, mas é, antes, fruto da confusão que os juriconsultos de Roma faziam entre o direito de propriedade e a coisa sôbre que incidiam os poderes do proprietário, confusão essa da qual a linguagem moderna guarda lembrança, quando se diz *essa coisa é minha*, ao invés de se dizer corretamente *tenho direito de propriedade sôbre essa coisa*. Assim, a tradicionalmente denominada posse da coisa (*possessio rei*) é, em verdade, posse de direito de propriedade, o que demonstra a falsidade da dicotomia *posse de coisa — posse de direito*, uma vez que a primeira também é posse de direito¹².

A isso não se atinha o Código Civil Português de 1867, ao conceituar a posse nestes têrmos:

“Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito”.

O mesmo, porém, não se verifica no Código atual, que, em seu artigo 1.251, adota a seguinte noção de posse, que

11. Vide, especialmente, § 57, págs. 487/8, e § 61, arts. 2 e 3, págs. 504/5.

12. Consulte-se, a respeito, KRUCKMANN, *Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein in der Theoria des Gemeinen Rechts, in Archiv für die Civilistische Praxis*, Band 106, págs. 192 e segs.

é tradução quasi literal da primeira parte do artigo 1.140 do Código Civil Italiano de 1942:

“Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”.

E, no artigo 1.287, se lê, no início:

“A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo...”

Por outro lado, da análise do conceito de posse formulado pelo artigo 1.251 do actual Código observa-se que é ela excluída do campo dos direitos pessoais, ou, em outras palavras, que não há posse de direitos pessoais, exactamente como sucede — segundo a opinião comum — no direito civil brasileiro. Já a tese contrária (a da admissibilidade da posse de direitos pessoais) é perfeitamente defensável em face dos termos amplos em que é vasada a definição de posse contida no artigo 474 do Código Civil Português de 1867:

“Diz-se posse a retenção ou fruição de QUALQUER cousa ou DIREITO”.

Idéia reafirmada no § 2.º do mesmo artigo, sem distinção entre direito real e direito pessoal:

“A posse conserva-se, em quanto dura a retenção ou FRUIÇÃO da cousa ou DIREITO, ou a possibilidade de a continuar”.

De outra parte, referindo-se ao Código de 1867, JOSÉ TAVARES, com relação às teorias de SAVIGNY e de IHERING, assim se manifestava:

“O nosso código, como resulta claramente do art. 474 e § 1.º, adoptou precisamente a teoria objectiva de Ihering, segundo a qual toda a detenção deve considerar-se posse, desde que seja voluntariamente exercida e a lei não determine o contrário”.

Essas palavras se aplicam, também, ao Código atual, onde, inequivocamente, foi seguida a teoria de IHERING, como se vê, por exemplo, dos termos dos artigos 1.251, 1.253 e 1.257, n. 1. É certo, porém, que o novo Código foi mais preciso no caracterizar as hipóteses em que ocorre a detenção, enumerando-as em três letras, no artigo 1.253 — são detentores: a) os que exercem o poder de fato sem intenção de agir como beneficiários do direito; b) os que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito; e c) os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem —, enquanto o Código de 1867 apenas acentuava no § 1.º do art. 474: “Os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse”.

A semelhança do Código de 1867, não se encontra na atual alusão à tese germânica (que repousa no instituto da *Gewere*)¹³ do desdobramento da posse em posse direta (ou imediata) e posse indireta (ou mediata), acolhido pelo Código Civil Brasileiro. Em vista disso, surge problema que já existia na codificação anterior e que se pode colocar nos termos que seguem.

É sabido que os juristas romanos — e por isso SAVIGNY teve que formular a concepção de *posse derivada* — admittiam, em certos casos (no de credor pignoratício, de seqüestre e de precarista), que a *possessio rei* se desdobrasse,

13. Sobre a *Gewere*, vide nosso artigo *A Gewere — um instituto do antigo direito germânico*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, ano LXIII (1968), págs. 193 e segs.

atribuindo-se, assim, a posse, com relação à mesma coisa, e com efeitos diversos, a duas pessoas. Exemplo: tanto o devedor quanto o credor pignoratício eram possuidores (*possessio rei*) com referência à coisa empenhada. Note-se, porém, que, quando ocorria êsse desdobramento, o direito romano outorgava (e tome-se por base o exemplo anterior) ao devedor posse apenas para que êste continuasse a usucapir, e ao credor posse para obter proteção através dos interditos possessórios (*possessio ad interdicta*).

Já os locatários, os depositários (que não o seqüestre), os comodatários não tinham, segundo o direito romano, posse, mas, somente, detenção. O que, aliás, ocorria também com os titulares dos direitos reais limitados de gôzo, como, por exemplo, o usufrutuário, que era detentor, e que só passou a ter a proteção dos interditos possessórios quando se admitiu a *quasi possessio iuris*, uma vez que tinha a posse do direito real limitado de que era titular.

Ora, como já salientamos, não se encontra no Código Civil Português de 1867 nem no atual a distinção germânica de posse direta e indireta (de que é precursor o *Allgemeines Landrecht* — Código Prussiano —, com a divisão da posse em *perfeita* e *imperfeita*), a qual distinção possibilita, nos sistemas jurídicos que a adotam (como o brasileiro), a atribuição de posse, com efeitos diferentes, a duas ou mais pessoas — assim, são possuidores locador, locatário e sub-locatário. E, ainda, graças a essa distinção, nos países onde é ela acolhida não há necessidade de o titular de direito real limitado invocar a posse do direito que tem, uma vez que já desfruta êle da posse direta, que é desdobramento da *possessio rei*. A posse de direitos que não o de propriedade só conserva, nesses sistemas jurídicos, importância, no terreno dos direitos reais limitados, para quem dêles não é titular, mas os exerce de fato.

Não se achando nos Códigos portugueses de 1867 e de 1966 essa distinção de posse direta e posse indireta, figuras como o usufrutuário, o credor pignoratício, o locatário, o

comodatário, o depositário seriam, com relação à *possessio rei* (posse de direito de propriedade) meros detentores, sem, portanto, proteção possessória.

Esse fato não tinha maior relêvo no Código de 1867, porque a noção ampla de posse se aplicava também aos direitos pessoais, e aquelas figuras, no exercício de direito real ou pessoal, dispunham da *quasi possessio iuris* que lhes assegurava os interditos possessórios.

Já no Código nôvo o problema se agrava porque a posse se restringe ao exercício de fato do direito de propriedade ou de outro direito real. Nêle, não há lugar para a posse de direito pessoal. E, com relação à *possessio rei*, locatários, comodatários, depositários são simples detentores, pois, nos têrmos do artigo 1.253; “possuem em nome de outrem”. Ocorre, no entanto, que o próprio Código atribui expressamente a tais detentores (art. 1.037); n. 2, ao locatário; art. 1.125, n. 2, ao parceiro pensador; art. 1.133, n. 2, ao comodatário; art. 1.188, n. 2, ao depositário; art. 670; letra *a*, ao credor pignoratício) a faculdade de usar das ações destinadas à defesa da posse.

Em face disso, estaremos diante de casos semelhantes aos, em direito romano, do credor pignoratício, do seqüestre, do precarista? Serão, portanto, hipóteses de posse derivada, como pretendia SAVIGNY? Ou haverá, embora implícito (como, aliás, quanto ao Código Espanhol, entendem GARCÍA VALDECASAS, PUIG PEÑA e outros)¹⁴, o desdobramento da posse, no Código Português, em direta e indireta?

A nosso ver, a solução para o problema é esta: trata-se de detentores a que a Lei concede o uso de defesa possessória. É o que se depreende claramente dos têrmos do artigo 1.188, ns. 1 e 2, onde se alude, de modo expresso, à

14. A propósito, vide CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, págs. 434 e segs., 9.^a ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

DETENÇÃO, e se faculta, apesar disso, a utilização das ações possessórias:

“Art. 1.188

(*Turbação da detenção ou esbulho da coisa*)

1. Se o depositário for privado da DETENÇÃO da coisa por causa que lhe não seja imputável, fica exonerado das obrigações de guarda e restituição, mas deve dar conhecimento imediato da privação ao depositante.

2. Independentemente da obrigação imposta no número anterior, o depositário que for privado da detenção da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos pode usar, mesmo contra o depositante, dos meios facultados ao possuidor nos artigos 1.276 e seguintes”.

E nada há de mais em que o detentor goze de proteção possessória. Basta atentar para a circunstância de que o Código Civil Italiano de 1942, no artigo 1.168, concede a ação de reintegração de posse (não a de manutenção) a quem tem a detenção da coisa. O mesmo ocorre, também com relação à reintegração apenas, com o direito francês, onde a jurisprudência — como atesta PLANIOL¹⁵ — a outorga a simples detentor. Aliás, na segunda metade do século XIX, escrevia ARNDTS, no *Lehrbuch der Pandekten*¹⁶, que no direito moderno havia a tendência de conceder a proteção possessória ao mero detentor.

O novo Código Civil Português terá, assim, apenas ampliado essa faculdade, não a restringindo à ação de reintegração de posse.

15. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo I, § 2309, pág. 731, 4ª ed., Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1906.

16. § 135, nota 8, *in fine*, pág. 244, 14ª ed., Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1889.

Outros aspectos, quanto à posse como atualmente existe em Portugal, merecem ainda ser referidos sumariamente.

Assim:

- no artigo 1.266, estabelece, seguindo o Código de 1867, que “podem adquirir a posse todos os que têm uso da razão, e ainda os que o não têm, relativamente às coisas susceptíveis de ocupação”, regra essa que está em consonância com a distinção, adotada no artigo 295, entre negócio jurídico e ato jurídico; de fato, a ocupação, para a maioria dos autores (entre outros, PLANCK, FISCHER, AEUBACH)¹⁷, não é negócio jurídico, mas ato jurídico, por não exigir vontade negocial;
- não se encontra no atual Código Civil Português a admissibilidade da exceção de domínio em ação possessória, o que se permite na parte final do famigerado artigo 505 do Código Civil Brasileiro; e,
- com relação à posse de boa fé, verifica-se que o Código Luso — como o Brasileiro (art. 490) — seguiu a tese de que a boa fé é um conceito psicológico (ignorância de que se fere direito alheio) e, não, ético (convicção consciente e honesta de que se tem um direito); em outras palavras, adotou a doutrina que WAECHTER, a respeito do direito romano, defendia contra a opinião de BRUNS, para quem o conceito psicológico de boa fé é obra dos canonistas, vigorando, em Roma, a concepção ética.

¹⁷ Vide, a esse respeito, AUERBACH, *Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes*, pág. 32.

4. *O usucapião.* — À posse segue-se, no nôvo Código, o usucapião, regulado nos artigos 1.287 a 1.301, em três secções: *disposições gerais, usucapião de imóveis e usucapião de móveis.*

Comparando com o sistema do Código de 1867, as alterações de significado doutrinário (por isso não aludimos às modificações nos prazos) se resumem na mudança de denominação (anteriormente, ao invés de usucapião, dizia-se *prescrição positiva*) e na de localização dentro do Código, pois, antes, a prescrição positiva (isto é, o usucapião) era disciplinada ao lado da prescrição negativa.

Sem dúvida, modificou-se para melhor, uma vez que, entre os dois institutos (usucapião e prescrição), as diferenças de fundo são inegáveis:

Por outro lado, em matéria de usucapião, também há discrepâncias entre o Código Português moderno e o Brasileiro.

Assim, a posição topográfica do usucapião, no Código Luso, é melhor do que a do Brasileiro, que, obedecendo à orientação dos pandectistas, dêle se ocupa no capítulo da propriedade, apesar de ser êle modo de aquisição, também, de outros direitos reais.

Além disso, enquanto o Código Civil Brasileiro, com base na existência ou não de boa fé e de justo título, distingue o usucapião em ordinário e extraordinário, o atual Código Português, e o mesmo se dava no de 1867, faz distinção entre usucapião quando há título de aquisição e registro dêste, usucapião em que não há registro do título de aquisição mas a mera posse é registrada, e usucapião em que não existem registro de título nem de mera posse, e em tôdas essas três hipóteses varia o prazo, conforme haja, ou não, boa fé.

A título de elucidação do que vem a ser registro de mera posse, leia-se o artigo 1.295, n. 2, do Código Civil Português de 1966, o qual reza:

“A mera posse só será registrada em vista de sentença passada em julgado, na qual se reconheça que o possuidor tem possuído pacífica e públicamente por tempo não inferior a cinco anos”.

5. *O Direito de Propriedade.* — Para concluir a conferência de hoje, falta examinar o direito de propriedade que é disciplinado no título II do livro concernente ao Direito das Coisas.

Êsse título se desdobra em seis capítulos, ordenados desta forma:

- I — *Propriedade em geral* (com duas seções: disposições gerais e defesa da propriedade);
- II — *Aquisição da propriedade* (com três seções: disposições gerais, ocupação e acesso);
- III — *Propriedade de imóveis* (com oito seções: disposições gerais, direito de demarcação, direito de tapagem, construções e edificações, plantação de árvores e arbustos, paredes e muros de meação, fracionamento e emparcelamento de prédios rústicos, e atravessadouros);
- IV — *Propriedade das águas* (com três seções: disposições gerais, aproveitamento das águas e condomínio das águas);
- V — *Compropriedade* (com duas seções: disposições gerais, e direitos e encargos do comproprietário); e
- VI — *Propriedade horizontal* (com quatro seções: disposições gerais, constituição, direitos e encargos dos condôminos, e administração das partes comuns do edifício).

Por êsse esquema, vêem os senhores que, apesar de deixarmos para a próxima conferência o exame da propriedade das águas, da compropriedade e da propriedade

horizontal, a matéria que sobra ainda é demasiado extensa para análise mais detida.

Limitar-nos-emos, portanto, a destacar alguns aspectos mais importantes.

De início, é de acentuar-se que não se encontram, no novo Código Português, dispositivos correspondentes aos artigos 375 e 377 do atual Projeto de Código Civil Brasileiro, nos quais — conforme salienta o relatório da Comissão Revisora — se traduz o conceito moderno de propriedade que já se apurara

“...em outras fontes de nossa cultura jurídica no esforço construtivo de juristas conspícuos que nêlo introduziram a idéia de *função social*, hoje difundida e aceita em largas correntes do pensamento jurídico”¹⁸.

Mas, nem por isso se alheiou o Código Português dessa imposição decorrente das condições da vida moderna. Apenas não precisou de repetir, no atinente à propriedade, o princípio a que dera alcance geral e que se encontra no art. 334, que veda o abuso do direito: “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 econômico desse direito”.

Já no que diz respeito às disposições gerais sobre a propriedade, abrem-se elas com o preceito segundo o qual somente podem ser objeto de domínio, tal como regulado no Código, as coisas corpóreas, móveis ou imóveis. E, em seguida, se alude à *propriedade intelectual*, declarando-se que os direitos de autor e a propriedade industrial se regem por legislação especial, sendo apenas subsidiárias as normas do Código. Vê-se, portanto, que o legislador português, usando das expressões *propriedade intelectual* e

18. *Projeto de Código Civil*, pág. 12, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1965.

propriedade industrial, não se deixou levar pela crítica dos que, como KOHLER e RANDA, combateram a extensão da propriedade às coisas incorpóreas, mas, seguindo a tradição, se acostou à defesa que dela fizeram autores do porte de HEUSLER, COGLIOLO, FADDA e BENZA, que nada viam de mal em que o direito de propriedade tivesse por objeto bens incorpóreos.

Em outro ponto controvertido também tomou posição o nôvo Código Luso, e, aí, a nosso ver, não foi feliz. Reza o artigo 1.306:

“Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de FIGURAS PARCELARES DÊSTE DIREITO senão nos casos previstos na lei. .”

Ora, num artigo que estabelece o princípio do *numerus clausus* com relação aos direitos reais, a expressão *figuras parcelares do direito de propriedade* demonstra, inequivocamente que foi adotada a tese defendida, no direito português, por JOSÉ TAVARES, e segundo a qual, nas palavras dêsse jurista, “o direito de propriedade é um direito complexo, composto de diversos direitos parciais ou fracionários de que êle é uma síntese e nos quais se pode decompor, desdobrando-se, desmembrando-se muitas vêzes, para se distribuir por diversos titulares, como acontece no usufruto, na enfiteuse, nas servidões...”¹⁹ Trata-se, porém, de tese cuja falha se demonstra com a simples observação de que, se, para a constituição de um direito real limitado, verdadeiramente se destacassem algumas das faculdades jurídicas que formam o conteúdo do direito de propriedade, não se poderia explicar a volta automática da propriedade à sua plenitude, com a simples extinção daquele direito real limitado. Se tivesse mesmo havido destaque, a parte destacada só retornaria através de um dos modos de aquisição

19. *Ob. cit.*, vol. I, n. 104, pág. 607.

de direito. Aquêlê retôrno automático só se justifica porque — como escrevemos em nosso *Direito Romano* — as faculdades jurídicas de que se compõe o direito de propriedade não se destacam dêle, por fracionamento ou desdôbro, mas

“podem sofrer limitações de tal ordem que — como acentua VOLTERRA — o conteúdo do direito de propriedade se reduz a mero título jurídico (como sucede, por exemplo, quando há uma enfiteuse). Apesar disso, o direito de propriedade persiste, e, extinta a causa dessas limitações, êle automaticamente readquire o seu conteúdo — a êsse fenômeno os autores modernos, a partir de PAGENSTECHER, dão a denominação de *elasticidade do domínio*”²⁰.

De outra parte, e mantendo a orientação que se encontra no Código de 1867, o atual conserva, como modo de aquisição da propriedade, o contrato, que, no sistema do Código Civil Brasileiro, é tão somente obrigatório, porquanto apenas gera obrigações, não constituindo nem transferindo direitos reais. No direito português, não: à maneira do direito francês (que, nisso, seguiu a concepção jusnaturalista do século XVIII)²¹, o contrato pode constituir ou transferir direitos reais. É o que, em Portugal, o Código denomina, no art. 408, *contrato com eficácia real*.

Aliás, no direito brasileiro, a nosso ver, a lei 4.728 admite que o contrato constitua direito real, pois, regulando a alienação fiduciária, estabelece no § 2.º do artigo 66 que “o instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de tradição...” Somos dos que entendem que, em face desses termos, não há que se falar, no caso, em cláusula *constituti*,

20. Vol. I, n. 152, p. 314, 2ª ed., Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1967.

21. A respeito, vide VIOLLET, *Histoire du Droit Civil Français*, 2ª ed., p. 611, L. Larose & Forcel, Éditeurs, Paris, 1893.

em constituto possessório. O que ocorreu, simplesmente, foi a quebra do princípio, que vinha do nosso Código Civil, de que o contrato não podia constituir direito real.

Não se deve deixar de aludir, finalmente, a uma seção do novo Código, que inexistia no antigo, e que é da mais alta importância sócio-econômica para um país que, como Portugal, tem por inimigo de sua agricultura, não o latifúndio, mas o “mini-minifúndio”. Trata-se da seção que se ocupa da disciplina do fracionamento e do emparcelamento de prédios rústicos, e onde se estabelecem várias restrições visando a impedir a atomização dos terrenos destinados à lavoura.

Meus senhores:

Neste ponto, chegamos ao termo de nossa exposição de hoje.

De sua extensão pedimos desculpa, principalmente por não dispormos dos dons de um DEMÓSTENES, de quem CÍCERO dizia que o mais belo discurso era o mais longo.

2.^a conferência

Na conferência de ontem, em que demos início à análise comparativa do novo Código Civil Português, examinamos a colocação do *Direito das Coisas* na taxinomia desse Código, o conteúdo e o sistema dessa parte do Direito Civil, a posse, o usucapião e, por fim, o direito de propriedade.

Hoje, terminaremos o estudo a que nos propusemos, analisando, como já lhes declaramos, as matérias seguintes:

1. Propriedade das águas, compropriedade e propriedade horizontal.
2. Usufruto, uso e habitação.
3. Enfiteuse.
4. Direito de superfície.
5. Servidões Prediais.
6. Considerações Finais.

1. *Propriedade das águas, compropriedades e propriedade horizontal.* — Iniciando o estudo da propriedade das águas correntes, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, em sua monografia *Rios e águas correntes em suas relações jurídicas*, observa:

“As questões que na pratica da vida juridica de todos os povos suscitam a propriedade e a posse das aguas são tão antigas e foram sempre tão irritantes, que um phenomeno philologico as gravou eternamente em todas as linguas neo-latinas.

O direito romano definia *rivales, id est, qui per eundem rivum aquam ducunt*. De modo que *rivales* eram aquelles que possuíam aguas em commum. E como era isso fonte de continuas controversias e disputas — *propter eum saepe discreparent* — as linguas modernas dirivaram d’ahi a expressão de todo o antagonismo”¹.

Apesar disso, o Código Civil Português de 1867 não se occupava com a propriedade das águas, o que não succede com o Brasileiro, que lhe dedica alguns dos artigos capitulados na seção referente aos direitos de vizinhança, estando hoje a matéria tratada, amplamente, num Código próprio — o Código de Águas.

O novo Código Português não trata do problema no lugar concernente às restrições ao direito de propriedade, mas, no título relativo ao domínio, abriu um capítulo onde regula a propriedade das águas. E procedeu acertadamente, pois nêle não se aludem apenas a questões de vizinhança advenientes do domínio das águas, mas se disciplina o regime jurídico das águas particulares, deixando o das públicas para leis especiais.

1. Pág. 55, n. 25, Editores Annibal Rocha & Cia, Curitiba, 1909.

E, nesse sentido, depois de classificar as águas em públicas e particulares, esclarece o Código atual quais são estas, além de permitir que sejam requisitadas pelas autoridades administrativas em casos urgentes de incêndio ou de calamidade pública.

Em seguida disciplina o Código o aproveitamento das águas tanto de superfície (como as de fontes, de nascentes, da chuva, de lagos) quanto do subsolo.

Regula êle, também, a matéria concernente ao condomínio das águas, dirimindo questões de despesas de conservação e de divisão de águas comuns.

A propriedade das águas segue-se, na sistemática do Código, a compropriedade, que, no Código Civil Brasileiro, é denominada condomínio.

De todos os dispositivos atinentes à compropriedade apenas um não encontra correspondente na codificação civil de 1867: é o art. 1.404, que determina que as regras da compropriedade sejam aplicáveis, com as necessárias adaptações, à comunhão de quaisquer outros direitos, sem prejuízo do disposto especialmente para cada um dêles.

Enfim, a propriedade horizontal.

Não se encontra no Código de 1867 o instituto jurídico que o atual, entre as diversas denominações existentes, preferiu chamar de *propriedade horizontal*.

A mesma lacuna se vê no Código Civil Brasileiro, apesar de promulgado cinqüenta anos depois do primeiro que Portugal teve.

Em ambos os países, a propriedade horizontal tem sido objeto de legislação extravagante: em terras portuguesas, a Lei 2.030, de 22.6.1948, e, posteriormente, o Decreto 40.333, de 14.10.1955; no Brasil, o Decreto 5.481, de 25.6.1928, revogado pela Lei 4.591, de 16.12.1964, ora vigente.

A omissão nos dois Códigos se explica, porque a propriedade horizontal — fenômeno que, como acentua CUNHA

GONÇALVES², remonta à mais alta antiguidade — só despertou a atenção do legislador quando se agravou sobremodo o problema habitacional, ou seja, no final do primeiro quartel do século XX.

Mas, em codificação moderna, como o atual Código Civil Português, não seria admissível lacuna dessa natureza.

É certo, também, que os princípios que êle estabelece para regular a propriedade horizontal já se encontram, em sua generalidade, no Decreto 40.333, que lhe serviu de fonte.

Se, porém, confrontarmos a disciplina da matéria pelo Código Luso com a resultante da nossa Lei 4.591, veremos que o confronto é bastante favorável a esta.

Deixando de lado os pontos de contato entre as legislações brasileira e portuguesa nesse assunto, exemplifiquemos com algumas das várias diferenças entre elas existentes:

- a) não alude o Código Português a instrumento semelhante à *Convenção de condomínio* a que tanto relêvo dá a Lei Brasileira;
- b) em Portugal, por força da lei, dos atos do administrador cabe sempre recurso para a assembléa geral, a qual pode nesse caso ser convocada pelo condômino recorrente; no Brasil, êsse recurso só é cabível quando a Convenção de condomínio o admitir;
- c) o Código Português não atribui legitimidade passiva ao administrador (que corresponde, no direito brasileiro, ao síndico) nas ações relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns;

2. *Princípios de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, n. 156-D, pág. 334, Max Limonad, São Paulo, 1951.

d) não se encontra na Lei Brasileira regra semelhante à contida no artigo 1.434 da codificação lusa:

“1. A assembléa pode estabelecer a obrigatoriedade da celebração de compromissos arbitrais para a resolução de litígios entre condôminos, ou entre condôminos e o administrador, e fixar penas pecuniárias para a inobservância das disposições dêste código, das deliberações da assembléa ou das decisões do administrador”; e,

e) em Portugal, se a assembléa não eleger administrador, será êste nomeado pelo tribunal a requerimento de qualquer condômino; como poderá ser exonerado pelo tribunal, a requerimento de condômino, se agiu com negligência no exercício de suas funções, ou praticou irregularidades.

2. *Usufruto, uso e habitação.* — Iniciando a disciplina dos institutos jurídicos a que o Código Civil de 1867 denominava *propriedades imperfeitas*, e a que o nôvo alude como *figuras parcelares do direito de propriedade*, ocupa-se esta Codificação com as figuras do usufruto, uso e habitação, tratando-as como entidades autônomas, e, não — o que ocorria no direito romano justinianeu — como espécies da categoria *servidões pessoais*.

Começemos pelo usufruto.

É êsse instituto jurídico regulado, no Código Civil atual, em quatro capítulos, assim dispostos:

- I Disposições gerais;
- II Direitos do usufrutuário;
- III Obrigações do usufrutuário; e
- IV Extinção do usufruto.

Nas disposições gerais, além do conceito de usufruto, disciplinam-se os modos de sua constituição (contrato de eficácia real, testamento, usucapião e disposição de Lei),

a possibilidade de usufruto simultâneo e sucessivo, a duração do usufruto e sua transmissibilidade a terceiros.

Não se introduziram, aí, modificações nos princípios que já se encontram no Código de 1867. O mesmo, porém, não se pode dizer em relação ao Código Civil Brasileiro, pois, no Português atual, o prazo de duração do usufruto em favor de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado é de, no máximo, trinta anos, e admite-se a transmissão a terceiros do próprio direito de usufruto. No Brasil, não: aquêlê prazo se estende até cem anos, e a transferência a terceiros que se admite, em se tratando de usufruto, não é dêle mesmo, mas apenas — como sucedia no direito romano, apesar da opinião em contrário de DERNBURG³ e de ELVERS⁴ — de seu exercício. Aliás, quanto à transmissibilidade do direito de usufruto a terceiros o nôvo Código Civil Português, ao contrário do que ocorria no art. 2.207 do de 1867 (e se verifica, também, no art. 980 do Código Civil Italiano de 1942), não declara expressamente que o direito de usufruto cedido cessa quando se extingue o direito do cessionário.

Por outro lado, admitindo o legislador português de nossos dias que o usufruto pode constituir-se por disposição de Lei, considerou êle, genêricamente, como o verdadeiro usufruto legal, não obstante as críticas que a isso fazem, na França, AUBRY et RAU⁵ e MOURLON⁶, e, no Brasil, LACERDA DE ALMEIDA⁷.

3. *Kann ein Ususfruct übertragen werden, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, vol. II, 2ª série, págs. 53 e segs.

4. *Die römische Servitutenlehre*, § 27, págs. 226 e seg., *Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung*, Marburg, 1856.

5. *Cours de Droit Civil Français*, tomo II, § 227. pág. 664, 5ª ed., Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1897.

6. *Répétitions Écrites sur le Code Civil*, tomo I, n. 1.505, pág. 759, 11ª ed., Garnier Frères, Libraires-éditeurs, Paris, 1880.

7. *Direito das Cousas*, vol. I, pág. 392, nota 4, J. Ribeiro dos Santos, Livreiro, Editor, Rio de Janeiro, 1908.

No capítulo concernente aos direitos do usufrutuário, além de o novo Código determinar quais sejam elles — e se sintetizam nas faculdades de usar, de fruir e de administrar a coisa ou o direito, respeitando sua destinação económica —, regula diversas modalidades de usufruto, como o de coisas consumíveis, o de coisas deterioráveis, o de matas e de árvores de corte, o de plantas de viveiro, o de exploração de minas, de pedreiras e de águas, o sobre universalidades de animais, o de rendas vitalícias, o de capitais postos a juros, o constituído sobre dinheiro, o de capitais levantados, e, finalmente, o de títulos de participação.

Em geral, não introduziu o novo Código maiores inovações nesse capítulo; no de 1867 quasi todas essas normas se encontram, e no mesmo teor. Apenas o usufruto de títulos de participação não era regulado no Código anterior.

De outra parte, é de acentuar-se que o Código Civil Brasileiro não desce a pormenores como os dois Códigos Portuguezes, especificando e disciplinando essas diversas modalidades de usufruto. E, no particular, outra diferença há ainda entre elles: em se tratando de usufruto de coisa consumível reza o artigo 726 do Código Civil Brasileiro que

“As coisas que se consomem pelo uso, caem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, este obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em género, qualidade e quantidade, ou, não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição”;

já o artigo 1.451 do novo Código Civil Luso, depois de dizer que

“Quando o usufruto tiver por objecto coisas consumíveis, pode o usufrutuário servir-se delas ou aliená-las, mas é obrigado a restituir o seu valor, findo o usufruto, no caso de as coisas terem sido estimadas; se o não foram, a restituição será feita

pela entrega de outras do mesmo gênero, qualidade ou quantidade, ou do valor destas na conjuntura em que findar o usufruto”,

conclui em sua segunda parte:

“O usufruto de coisas consumíveis não importa transferência da propriedade para o usufrutuário”,

princípio êsse que também vai contra o que vigorava no direito romano, e o disposto nos Códigos Civis Alemão (§ 1.067) e Suíço (art. 772). Analisando êsse preceito, acentua PIRES DE LIMA — autor do anteprojeto sôbre usufruto, uso e habitação — que tem êle efeitos práticos importantes, pois:

“Considerando-se o usufrutuário proprietário das coisas consumíveis desde a constituição do usufruto, recairá sôbre êle o risco, enquanto que, na concepção oposta, o risco correrá por conta do proprietário da raiz, pois a transferência da propriedade só se verifica no próprio acto de consumo. Também tem interêsse o problema quanto à execução, por terceiros, do patrimônio do usufrutuário. Poderão ser penhoradas *as próprias coisas* ou apenas o *usufruto*? Tudo depende ainda, da questão de saber se a propriedade se *transferiu*”⁸.

Portanto, vê-se dêsse comentário que a redação do art. 1.451 do nôvo Código não foi feliz, pois o que se pretendeu dizer foi que há — e nem poderia deixar de assim ser — transferência da propriedade sôbre a coisa consumível ao usufrutuário, mas ela não ocorre quando da

8. *Do Usufruto, uso e habitação*, in Boletim do Ministério da Justiça, n. 79 (Outubro, 1958), pág. 55.

constituição do usufruto, e, sim, no momento do consumo da coisa.

Passando à disciplina das obrigações do usufrutuário, no capítulo III, o Código de 1966 regula a caução a ser prestada pelo usufrutuário, além de estabelecer outras obrigações como:

- a) consentir que o proprietário faça quaisquer obras ou melhoramentos na coisa, bem como constitua novas plantações;
- b) arcar com as reparações ordinárias indispensáveis para a conservação da coisa, e avisar o proprietário, em tempo, para fazer as extraordinárias;
- c) responder pelas despesas de administração; e
- d) comunicar ao proprietário fatos de terceiros que possam prejudicá-lo, sob pena de responder por perdas e danos.

Enfim, no capítulo IV, sem inovações quanto ao direito português anterior, fixam-se as causas de extinção do usufruto. Duas observações se impõem aqui. A primeira relativa ao disposto no artigo 1.477, que trata do usufruto até certa idade de terceira pessoa,

“O usufruto concedido a alguém até certa idade de terceira pessoa durará pelos anos prefixos, ainda que o terceiro faleça antes da idade referida, excepto se o usufruto tiver sido concedido só em atenção à existência de tal pessoa”,

e preceito êsse que não encontra correspondente no Código Civil Brasileiro, embora, como atesta LACERDA DE ALMEIDA⁹, fôsse observado no nosso direito anterior. A segunda das observações é referente ao fato de que o artigo 1.482 do

9. *Ob. cit.*, vol. I, § 73, pág. 397, nota 1.

Código Português atual (e assim já o era no de 1867) declara que o mau uso da coisa usufruída não extingue o usufruto, mas

“se o abuso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietário, pode este exigir que a coisa lhe seja entregue, ou que se tomem as providências previstas no artigo 1.470, obrigando-se, no primeiro caso, a pagar anualmente ao usufrutuário o produto líquido dela, depois de deduzidas as despesas e o prêmio que pela sua administração lhe for arbitrado”;

já no Brasil (art. 739, VII), há extinção do usufruto quando, por culpa do usufrutuário, êle aliena, deteriora ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação.

Vejamos, agora, o uso e a habitação, institutos repudiados pelo atual Projeto de Código Civil Brasileiro, mas que o legislador português, como o italiano em 1942, manteve. É, porém, curioso observar que, no século passado, HEIMBACH asseverava que, durante sua longa prática forense, jamais vira em Juízo uma única questão sobre o direito de uso, não se encontrando também nenhum caso consignado no *Arquivo* de SEUFFERT, célebre revista de jurisprudência¹⁰.

Entre o nôvo Código Português e o Brasileiro não há, quanto a êsses dois institutos, diferenças de relêvo. Ao contrário — e o declara o próprio autor do Anteprojeto, PIRES DE LIMA¹¹ —, o Código Civil Brasileiro serviu de modelo para alguns de seus artigos, como o 1.486 e o 1.490,

10. Cfe. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, § 182, pág. 340, nota 3, 14.^a ed., Verlag der J. G. Gotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1889.

11. *Ob. cit.*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 79 (Outubro, 1958), págs. 99 e segs.

que também encontram correspondência no Código Civil Italiano de 1942.

3. *Enfiteuse*. — Depois do usufruto, do uso e da habitação, vem a enfiteuse — também denominada empraçamento ou aforamento —, que era regulada no Código de 1867 entre os contratos como *contrato de empraçamento*, e agora é disciplinada no Título IV do Direito das Coisas, o qual abrange os artigos 1.491 a 1.523.

Esse título se divide nos seguintes capítulos:

- I Disposições gerais;
- II Constituição da enfiteuse;
- III Direitos e encargos do senhorio e do enfiteuta;
- IV Extinção da enfiteuse; e
- V Disposições transitórias.

Antes de entrarmos no exame sumário da disciplina da enfiteuse no novo Código, devemos chamar a atenção dos senhores para o fato de que foi mantido êsse instituto, apesar da animosidade que existe contra êle por parte de autores e de legisladores. Haja vista que, em nosso País, desde 1943 tem havido tentativas de elaboração de Lei no sentido de abolir a enfiteuse, culminando êsse movimento com o Projeto de Código Civil Brasileiro, ora no Congresso Nacional, onde, no artigo 503, se estabelece:

“É proibida a constituição de novas enfiteuses ou aforamentos”.

O Prof. PIRES DE LIMA, autor do anteprojeto sôbre a enfiteuse, em Portugal, justifica a conservação do instituto, acentuando que, de dezesseis anos para trás, a partir de 1957, se celebraram, em terras lusitanas, novecentos e sessenta e dois contratos enfitêuticos, o que, se por um lado

revela a decadência dessa figura jurídica, por outro demonstra que ainda há conveniência em mantê-la¹².

No capítulo I relativo à enfiteuse — *Disposições Gerais* —, o Código Português atual conceitua o instituto com êstes termos:

“Tem o nome de empraçamento, aforamento ou enfiteuse o desmembramento do direito de propriedade em dois domínios, denominados directo e útil”.

Em consequência, não mais se justifica a controvérsia que, sobre a natureza jurídica da enfiteuse, havia entre os autores que escreveram sob o império do Código de 1867, entendendo uns que, ao constituir-se a enfiteuse, se desdobrava o domínio, consoante ensinavam os juristas medievais; enquanto outros eram de parecer de que a enfiteuse, à semelhança do que ocorria no direito romano, se apresentava como direito real limitado. Atualmente — e quem o assevera é o próprio autor do anteprojeto¹³ —, segue-se a doutrina, que vem dos glosadores, do desdobramento do domínio, repudiando-se, portanto, a romana, do direito real limitado (consagrada no Código Civil Brasileiro), e a mais moderna, segundo a qual o enfiteuta é que seria o titular da propriedade, tendo o proprietário tão somente um *ius in re aliena*. Não é demais lembrar que, no Brasil, LACERDA DE ALMEIDA¹⁴, depois de expor, no corpo de seu livro *Direito das Coisas*, que a enfiteuse, em seu tempo (isto é, antes do Código Civil), era um direito real limitado, em apêndice no final da obra diz que, após muito meditar,

12. *Enfiteuse (Anteprojeto de um título do futuro Código Civil)*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 66 (Maio, 1957), págs. 5/6.

13. *Ob. cit.*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 66, (maio, 1967), pág. 8.

14. *Direito das Cousas*, vol. I, pág. 476, J. Ribeiro dos Santos, Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1908.

chegara à conclusão de que estava errado, e que a construção correta, observada pela tradição portuguesa, era a medieval, do desdobramento do domínio.

De outra parte, o Código Português atual mantém o repúdio do que 1867 com relação à enfiteuse temporária (admitida na França e na Itália), estabelece o princípio da indivisibilidade do prazo (que é o prédio sujeito ao regime enfiteutico), disciplina sua divisão com o consentimento do senhorio, acentua que o domínio direto é igualmente indivisível, e, enfim, confirma a proibição da subenfiteuse, que vem do Código de 1867, posteriormente revogado pela legislação extravagante, e, afinal, revalidado pelo art. 7.º do Decreto de 23.5.1911.

Em seguida, no capítulo II, ocupa-se o novo Código com a constituição da enfiteuse, que se dá por contrato de eficácia real, testamento ou usucapião.

Já no capítulo III, trata o Código de 1966 dos direitos e encargos do senhorio e do enfiteuta, destacando-se, aí, a manutenção da proibição de cobrança de laudêmio, mesmo a título convencional, e isso por considerar PIRES DE LIMA¹⁵ que se não devem ressuscitar vestígios do poder feudal. Demais, a mora no pagamento do fôro dá ao senhorio apenas o direito de haver o triplo do valor dos fôros em débito; a pena de comisso só se verifica se houver falta de pagamento de fôro durante vinte anos. E, ainda com relação a fôro, e ao contrário do que preceituavam as Ordenações, IV, tit. 40, que admitiam, como tal, prestações incertas, conservou o novo Código Português o princípio (igual ao do direito brasileiro) de que o fôro é sempre certo, embora permita — diversamente de nosso Código Civil e da norma vigorante no direito romano — que o fôro pode ser reduzido se, por caso fortuito, o prédio enfiteutico se deteriorar ou inutilizar só em parte, de modo

15. *Ob. cit.*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 66 (Maio, 1957), pág. 18.

que o seu valor atual fique sendo inferior ao que era na época do empraçamento. Admite-se, também, a remição do fôro pelo enfiteuta quando o empraçamento tiver mais de quarenta anos de duração, exercendo-se êsse direito — que é irrenunciável — com o pagamento de preço igual a vinte fôros.

Da extinção da enfiteuse se ocupa o capítulo IV, que estabelece que ela pode dar-se nestas hipóteses:

- a) pela confusão na mesma pessoa dos domínios direto e útil;
- b) pela destruição ou inutilização total do prédio;
- c) pela expropriação por utilidade pública; e
- d) pela falta de pagamento do fôro durante vinte anos.

Finalmente, no capítulo V, vêm as disposições transitórias, o que, sem dúvida, é criticável. Melhor teria feito o legislador se as tivesse colocado numa Lei de Introdução ao Código Civil, como se fêz na Alemanha, ou num Decreto especial, como, na Itália, o de n. 318, de 30 de março de 1942.

Nessas disposições transitórias, o Código, entre outras providências, fixa o critério para a atualização dos fôros em dinheiro; disciplina o laudêmio relativo aos empraçamentos ou subempraçamentos anteriores a 22 de março de 1868; dispõe que os contratos de censo consignativo ou reservativo (ambos abolidos, sendo que êste pelo Código de 1867 e aquê pelo atual) celebrados antes do Código de 1966 se consideram enfiteuticos; e, por fim, regula as subenfiteuses de pretérito.

4. *Direito de superfície.* — Da enfiteuse passa o novo Código para o direito de superfície, a respeito do qual são omissos — e, portanto, não os admitem em virtude do *numerus clausus* dos direitos reais — o Código Português

de 1867 e o Código Civil Brasileiro. Aliás, também omissos a propósito são os Códigos Francês e Italiano de 1865. E a explicação provável dessa omissão — principalmente no Código Napoleão, já que o direito consuetudinário francês conhecia o contrato superficiário — é a falta de simpatia com que deviam ser vistos institutos como o censo, a enfiteuse e a superfície, depois do rompimento de vínculos vindos do feudalismo.

Em Portugal, o direito de superfície não é novidade, pois — como já foi salientado anteriormente — dêle se ocupava a Lei 2.030, de 22.6.1948, nos artigos 21 a 29. E, no Brasil, onde o direito de superfície foi abolido pela Lei Hipotecária n. 1.237, de 24.9.1864, autores há que propugnam pela sua inclusão no rol dos direitos reais limitados: quando da discussão do Projeto que se converteu no nosso Código Civil, BARRADAS, com o apoio de LACERDA DE ALMEIDA, se bateu por isso; atualmente, ORLANDO GOMES colocou o direito de superfície em seu Anteprojeto, com o que, porém, não concordou a Comissão Revisora, que, assim, não o incluiu no Projeto.

Colocando o direito de superfície entre os direitos reais admissíveis em Portugal, o novo Código seguiu o exemplo do Italiano de 1942, aderindo à tese daqueles que entendem que o direito de superfície é o meio jurídico apto a solucionar certas questões de moradia popular, de reforma agrária, de direito de sepulcro e até de cadeiras cativas em estádios.

Em quatro capítulos, o Código de 1966 regula o direito de superfície:

- I Disposições gerais;
- II Constituição do direito de superfície;
- III Direitos e encargos do superficiário e do proprietário; e
- IV Extinção do direito de superfície.

Nas disposições gerais, conceitua-se o direito de superfície como “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”; em seguida, estabelece-se que, tendo por objeto a construção de obra, êsse direito pode abranger parte do solo não necessária à sua implantação, mas que tenha utilidade para o uso da obra. Uma vez construído o prédio sobre terreno alheio, aplicam-se-lhe as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes comuns. O direito de superfície constituído pelo Estado ou por pessoas coletivas públicas está sujeito a legislação especial, só se aplicando subsidiariamente os dispositivos do Código.

No capítulo concernente à constituição da superfície, verifica-se que, como a enfiteuse, pode ser ela constituída por contrato de eficácia real, testamento ou usucapião; mas pode também surgir através da alienação de obra ou de árvores já existentes separadamente da propriedade do solo.

Em Portugal, além de obra, plantação pode ser objeto de direito de superfície, ao contrário do que sucede na Itália, onde o Código de 1942, em seu artigo 956, preceitua:

“Não pode ser constituída ou transferida a propriedade das plantações separadamente da propriedade do solo”.

Por outro lado, disciplinando os direitos e encargos do superficiário e do proprietário, estabelece o Código Português atual que, quando da constituição da superfície, se pode convencionar que, a título de preço, o superficiário pague uma só prestação, ou, então, prestações anuais, perpétuas ou temporárias. Essas prestações são sempre em dinheiro, e, em caso de mora, o proprietário do solo tem direito ao triplo do valor em débito.

Além do recebimento dessa prestação, são direitos do proprietário a fruição do solo antes do início da obra ou

da plantação, o uso e a fruição do subsolo, e a preferência, em último lugar, na venda ou dação em pagamento do direito de superfície.

Demais, quer o direito de superfície, quer a propriedade do solo, ambos são transmissíveis *mortis causa* ou *inter vivos*.

A extinção do direito de superfície ocorre nestes casos:

- a) se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos;
- b) se, destruída a obra ou as árvores, o superficiário não reconstruir a obra ou não renovar a plantação, dentro dos mesmos prazos a contar da destruição;
- c) pelo decurso do prazo, sendo constituído por certo tempo;
- d) pela reunião na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade;
- e) pelo desaparecimento ou inutilização do solo; e
- f) pela expropriação por utilidade pública.

Atente-se, finalmente, para que a falta de pagamento das prestações anuais durante vinte anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião em seu favor.

5. *Servidões Prediais*. — Depois de regular o direito de superfície, o novo Código fecha o *Direito das Coisas* com o título VI, concernente às servidões prediais.

Não havendo distinguido — ao contrário do que sucedia no direito romano justinianeu — as servidões em pessoais e reais, uma vez que alude àquelas como institutos autônomos (usufruto, uso e habitação), não havia necessidade de utilizar-se da expressão *servidões prediais*, bastan-

do dizer, como fazia o Código de 1867, *servidões*. Mas o novo Código preferiu a denominação *servidões prediais*, também utilizada no Código Civil Brasileiro, que igualmente não se refere a *servidões pessoais*.

As *servidões prediais* são reguladas em cinco capítulos, que assim se apresentam:

- I Disposições gerais;
- II Constituição das *servidões*;
- III *Servidões legais*;
- IV Exercício das *servidões*; e
- V Extinção das *servidões*.

Nas disposições gerais, o Código conceitua a *servidão predial* sem se afastar da noção consagrada no de 1867, e mantendo a idéia tradicional de que é ela direito real sobre coisa alheia. Note-se que, apesar de a noção de *servidão*, no Código, se referir a “encargo impôsto num prédio em proveito exclusivo de outro”, não quer com isso dizer que aderiu à tese de BOECKING¹⁶, segundo a qual o imóvel, considerado como pessoa jurídica, é o verdadeiro sujeito da *servidão*. Sujeito dela, para a codificação portuguesa, é o proprietário do prédio dominante.

Após o conceito, o Código fixa o conteúdo das *servidões* (o que não se encontra no anterior), de conformidade com os artigos 1.028 e 1.029 do Código Italiano de 1942, acenando, particularmente, que as utilidades — mesmo futuras ou eventuais — que podem ser objeto de *servidão* não precisam de aumentar o valor do prédio dominante. Assim, como salienta o autor do Anteprojeto relativo às *servidões*, PIRES DE LIMA¹⁷, é possível estabelecer *servidão* pela qual o

16. Cfe. ARNDTS, *ob. cit.*, § 183, nota 1, pág. 343.

17. *Servidões Prediais (Anteprojeto de um título do futuro Código Civil)*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 64 (Março, 1957), pág. 7.

proprietário do prédio serviente não possa construir em estilo diferente do do prédio dominante, ou somente possa construir em determinado estilo, pois em ambos os casos há vantagem para o imóvel dominante, ainda que não patrimonial: a de sua estética. Em seguida, no artigo 1.545, o novo Código estabelece o princípio da inseparabilidade das servidões, já expresso na codificação civil anterior. Conclui o capítulo com a determinação da indivisibilidade das servidões, nos termos, também, do Código de 1867.

Quanto à constituição das servidões, podem elas sê-lo por contrato de eficácia real, por testamento, por usucapião, ou por destinação do pai de família. Este último modo de aquisição (já consagrado no Código de 1867, na redação da reforma de 1930) se apresenta em contradição com o princípio romano de que *nemini res sua servit*, mas, embora não expresso na legislação brasileira, é admissível em nosso país¹⁸, como demonstrou FILADELFO AZEVEDO¹⁹, e hoje vários autores, entre os quais ESPÍNOLA²⁰, o acolhem.

Por outro lado, o Código Português atual estabelece que as servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa. Observe-se ainda, e o artigo 1.548 o repete, que — como já vimos no estudo do usucapião — por este modo de aquisição não podem ser constituídas servidões não aparentes. Essa proibição, porém, e ao contrário do que se dá no Código Civil Brasileiro, não se estende às servidões descontínuas, que, assim, em Portugal, podem surgir através de usucapião.

18. Já o era no direito anterior, como se vê em LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, vol. I, § 133, n. 3, págs. 431/2, 5.^a ed., Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943.

19. *Destinação do Immoveel*, n. 14 e segs., págs. 47 e segs., Typografia Alba, Rio de Janeiro, 1932.

20. *Os Direitos Reais Limitados ou Direitos sôbre a Coisa Alheia e os Direitos Reais de Garantia no Direito Civil Brasileiro*, n. 102 págs. 141 e seg., Conquista, Rio de Janeiro, 1958.

Da constituição das servidões em geral passa o Código à disciplina das servidões legais. O Código de 1867 se referia, ainda, às servidões constituídas pela natureza das coisas, mas o nôvo as considera restrições ao direito de propriedade. Distinguiu, assim, o Código atual as servidões em voluntárias e legais, estas impostas pela Lei, e dando ao proprietário do prédio serviente direito a indenização. O Código Civil Brasileiro restringiu as servidões às voluntárias, e disciplinou tanto as servidões naturais quanto as legais como restrições ao direito de propriedade (direitos de vizinhança), embora, na legislação extravagante (como no Código das Águas, de 1934), se encontre a expressão *servidão legal*.

Nas servidões legais, o Código Português moderno distingue duas espécies: as servidões legais de passagem e as servidões legais de água. Entre estas últimas, coloca a servidão legal de escoamento, que o Código Civil Brasileiro, ao contrário do que sucedia em nosso direito anterior, não regula. Demais, a Introdução, que precede ao Projeto de que resultou o atual Código Português, chama a atenção para o fato de que

“... a nota mais interessante do título das servidões estará provàvelmente no facto, de haverem sido chamados à categoria das servidões legais de águas, de acordo com a doutrina proposta pelo autor do anteprojecto e que fez vencimento na Comissão, os aproveitamentos de águas existentes em prédio alheio”²¹.

Já no capítulo concernente ao exercício das servidões, o nôvo Código estabelece, primeiramente, que o seu modo de exercício é regulado pelo título aquisitivo, e, subsidiariamente, pelos artigos daquele capítulo; e, nas normas dis-

21. *Projeto de Código Civil*, pág. 45.

positivas, que se seguem a essa, traça a extensão da servidão (declarando que esse direito compreende tudo o que é necessário para o seu uso e conservação), disciplina o direito do proprietário do prédio dominante de fazer obras no prédio serviente, regulando, inclusive, a quem cabe o ônus dessas obras; e finaliza admitindo, em certas circunstâncias, a possibilidade de ser mudada a servidão de um local para outro.

O último capítulo que regula as servidões é o que se refere às hipóteses em que ela se extingue, e são as cinco seguintes:

- a) pela reunião dos dois prédios, dominante e serviente, no domínio da mesma pessoa;
- b) pelo não uso durante vinte anos, qualquer que seja o motivo;
- c) pela aquisição, por usucapião, da liberdade do prédio;
- d) pela renúncia; e
- e) pelo decurso do prazo, se tiverem sido constituídas temporariamente.

Antes de concluirmos o exame das servidões prediais no Código de 1966, cabe indagar se será admissível, em face dessa codificação, a constituição de servidões irregulares.

Servidões irregulares são um misto de servidão predial e de servidão pessoal: através delas se atribui a uma pessoa determinada poderes equivalentes ao de que dispõe o titular de uma servidão predial; em outras palavras — são servidões prediais estabelecidas, não em favor de um imóvel, mas de uma pessoa certa, ainda que ela não seja proprietário do imóvel vizinho àquele que será o serviente, e servidões que estabelecem um vínculo pessoal entre o

concedente e o concessionário, e que se extinguem com a morte dêste.

A resposta a essa indagação fornece-a o artigo 1.306, que reza:

“1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; tóda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”.

Portanto, é possível a constituição de servidões irregulares, cuja eficácia é meramente obrigacional.

6. *Considerações finais.* — Do exame, a que procedemos, dos institutos jurídicos que compõem o Direito das Coisas no nôvo Código Civil Português, chegamos à conclusão de que, nessa parte do direito civil, não são muitas as inovações, nem revolucionárias.

Observa SCIALOJA que o espírito de originalidade a que se dá hodiernamente tanto valor, não é sempre o verdadeiro e próprio espírito de progresso; o aperfeiçoamento do que já se adquiriu é, na maioria dos casos, muito mais útil do que o recomeçar *ab imis*.

Se a observação é válida para obras doutrinas, muito mais o será para trabalho legislativo.

E é isto o que se lê, com outras palavras, no final da Introdução ao Projeto que se transformou no Código Civil de 1966:

“...ides ter agora um diploma atualizado, um estatuto do direito privado que, embora se mantenha fiel aos valores eternos da personalidade humana e não repudie as tradições perduráveis da

comunidade nacional, se acha impregnado das mais nobres aspirações da época que vivemos”²².

Consigne-se, por fim, que, além disso, é indubitável o progresso, no tocante à sistemática e à técnica jurídica, que o novo Código apresenta sobre o anterior. A codificação civil de 1867 era — no elogio de LACERDA DE ALMEIDA²³ — “uma autoridade irrecusável em assunto de purismo e correção de linguagem. Já o Código de 1966 é, antes que tudo, em respeitável monumento legislativo, de acentuado cunho doutrinário, e que honra a segurança e a atualização da cultura jurídica portuguesa.

Meus senhores:

Ao finalizar esta conferência, quero agradecer a paciente atenção que me dispensaram.

De mim dei o que pude, e espero que os senhores não tenham visto em mim o que VERNEY, no *Verdadeiro Método de Estudar*, dizia ver nos juristas:

“Nenhum facilita a inteligência das coisas que trata; nenhum se contenta de dizer pouco, contanto que diga bem; todo o ponto está em acarretar erudição e amontoar textos sem pés nem cabeça”²⁴.

22. *Projecto de Código Civil*, pág. 54, Lisboa, 1966.

23. *Obrigações*, pág. 7, nota 5, *in fine*, 2ª ed., Typographia “Revista dos Tribunais”, Rio de Janeiro, 1916.

24. Vol. IV, pág. 175, Livraria Sé da Costa, Editora, Lisboa, 1952.