

# Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

**Universidades Lusíada**

Justo, António dos Santos, 1945-

## **Iuris civilis principia : direito romano e português**

<http://hdl.handle.net/11067/7544>

<https://doi.org/10.34628/D2N3-EW39>

### **Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	2024
<b>Editor</b>	Universidade Lusíada Editora
<b>Palavras Chave</b>	Direito civil - Portugal, Direito romano
<b>Tipo</b>	article
<b>Revisão de Pares</b>	yes
<b>Coleções</b>	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 31 (2024)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-25T18:21:12Z com informação proveniente do Repositório

# ***IURIS CIVILIS PRINCIPIA*** **(DIREITOS ROMANO E PORTUGUÊS)**

*IURIS CIVILIS PRINCIPIA*  
(ROMAN AND PORTUGUESE LAW)

Continuação<sup>1</sup>

**António dos Santos Justo<sup>2</sup>**

DOI: <https://doi.org/10.34628/D2N3-EW39>

**Sumário:** **VII Princípio** “*utile per inutile non viciatur*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. 3. Conclusão. 3.1. Direito romano. 3.2. Direito português. **VIII Princípio** “*prior in tempore, potior in iure*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **IX Princípio** “*mala fides superveniens non nocet*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **X Princípio** “*nemini res sua servit*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XI Princípio** “*servitus servitutis esse non potest*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XII Princípio** “*servitus in faciendo consistere nequit*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XIII Princípio** “*servitus perpetua causa debet*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XIV Princípio** “*servitus dividi non possunt*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XV Princípio** “*possidentis meliorem esse condicionem*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XVI Princípio** “*male enim nostro iure uti non debemus*”. 1. Direito romano. 2. Direito português. **XVII Princípio** “*superficies solo cedit*”. 1. Direito romano. 2. Direito

---

<sup>1</sup> Estes princípios continuam os que publicámos nas edições anteriores na Revista da Universidade Lusíada (n.ºs. 23-24 ((2020), 25.26 (2021), e 29 (2023)).

<sup>2</sup> Prof. Catedrático Jubilado da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada - Norte

português. **XVIII Princípio** “*pacta sunt servanda*”. 1. Direito romano. 2. Direito português.

## VII “UTILE PER INUTILE NON VICIATUR”

**Resumo:** O princípio *utile per inutile non viciatur* foi provavelmente elaborado pelos juristas medievais, mas a sua base é romana, como observamos no seguinte fragmento de ULPIANO (D.45.1.1,5) e de PAULO (D. 50.17.129,1). Na época clássica, a cláusula codicilar permitia ao testador dispor que, se o testamento não for válido, valha como codicilo. Trata-se, portanto, da conversão de um negócio jurídico (testamento) noutra (codicilo).

**Palavras-chave:** Direito Romano; Redução; Conversão; Validação de transacções; Contratos.

**Abstract:** Roman law: The *utile per inutile non viciatur* principle was probably developed by medieval jurists, and its basis is Roman, as we see in the following fragment from ULPIAN (D.45.1.1,5) and JULIUS PAULUS (D. 50.17.129,1). In the classical period, the codicil clause allowed the testator to stipulate that if the will was invalid, it would be valid as a codicil. It is, therefore, the conversion of one legal transaction (will) into another (codicil). Portuguese law: The principle of “what is useful is not vitiated by what is useless” is applicable in our civil law, both in the concepts of reduction and conversion and in particular situations such as the validation of certain legal transactions. With regard to the validation of the purchase and sale of someone else’s goods, the contract is automatically validated when the seller acquires ownership of the thing or right sold and, as a result, the contract becomes valid and the ownership or right is transferred to the buyer. If the buyer has acted in good faith, the “seller is obliged to remedy the invalidity of the sale by acquiring ownership of the thing or right sold.” And if the seller “is responsible for failure to fulfil this obligation”, he incurs liability for compensation in addition to that resulting from the sale of another person’s property.

**Keywords:** Roman law; Reduction; Conversion; Validation of transactions; Contract.

### 1. Direito romano

Este princípio segundo o qual “*o útil não é viciado pelo inútil*” permitiu que a *iusprudentia* romana salvasse os efeitos jurídicos de algumas cláusulas de negócios jurídicos inválidos, através de expedientes como a conversão e a convalidação<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 1441-1442.

Provavelmente elaborado pelos jurisconsultos medievais<sup>4</sup>, a sua base é romana, como observamos no seguinte fragmento de ULPIANO:

D. 45,1,1,5: “Mas se, ao estipular eu o escravo Pânfilo, tu prometesses Pânfilo e Estico, creio que deve ter-se por supérfluo o acrescento Estico, porque se há tantas estipulações como objetos, há (neste caso) duas estipulações, uma válida e a outra não, e não se invalida aquela por esta”<sup>5</sup>.

Também PAULO o formula, embora de modo negativo, como observamos em:

D. 50,17,129,1: “Quando falta a causa principal, não têm lugar as causas que a seguem”<sup>6</sup>.

Como exemplo de conversão de negócio jurídico, cuja vontade é salva com base naquele princípio, referimos a cláusula codicilar através da qual o testador declara que se o seu testamento não puder ser válido, valha como codicilo e, portanto, as suas disposições sejam fideicomissos<sup>7</sup>.

Importa, no entanto, explicar esta situação em que a cláusula codicilar converte um testamento em codicilo. Na época clássica, o codicilo distingue-se do testamento na forma e na substância: não tem forma solene e não pode conter a instituição de herdeiro, a sua substituição e a deserdação dos *heredes sui*<sup>8</sup>. Todavia, a cláusula codicilar permite ao testador dispor de que, se o testamento não for válido, valha como codicilo<sup>9</sup>. Trata-se, portanto, da conversão de um negócio jurídico (testamento) noutra (codicilo).<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 1441.

<sup>5</sup> D. 45,1,1,5: “*Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichum adiectionem pro supervácuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quod corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitatur utilis per hanc inutilem*”.

<sup>6</sup> D. 50,17,129,1: “*Cum principis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent*”.

<sup>7</sup> O fideicomisso é uma súplica ou encargo que uma pessoa (fideicomitente), confiando na lealdade e honradez de outra pessoa (fiduciário), lhe dirige para que realize determinada atividade a favor de terceira pessoa (fideicomissário) depois da morte do fideicomitente. Pode ser disposto em testamento, codicilo e até verbalmente. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 259-267; e ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 171 e 219.

<sup>8</sup> Trata-se de herdeiros que não podem recusar a herança e, por isso, dizem-se necessários. Mas distinguem-se dos restantes necessários por se tornarem independentes com a morte do seu *pater* e ocuparem o primeiro lugar no direito sucessório (sucessão *ab intestata*). Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. 227-228 e 230

<sup>9</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (Direito das sucessões e doações)* em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 228-230.

<sup>10</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 228-230.

E, como exemplos de convalidação, referimos o mútuo concedido a um *filiusfamilias* posteriormente consentido pelo seu *paterfamilias*. Efetivamente, o *sc. Macedonianum*<sup>11</sup> proibiu os empréstimos de dinheiro ao *filiusfamilias*, mesmo que ocupasse um alto cargo<sup>12</sup>, para evitar que, como Macedónio, se entregasse às maiores imoralidades e à prática de crimes gravíssimos<sup>13</sup>. Em consequência, tais empréstimos originavam uma obrigação natural, mas havia várias exceções, entre as quais o consentimento do seu *pater*, mesmo tácito. Nesta hipótese, o mútuo passava a produzir uma obrigação civil. E também no caso de um penhor constituído sobre coisa alheia e, portanto, inválido, foi permitida a sua convalidação se o autor do penhor adquirisse a sua propriedade<sup>14</sup>.

## 2. Direito português

O princípio “o útil não é viciado pelo inútil” está presente no nosso direito civil quer nas figuras da redução e da conversão que em situações particulares como a convalidação de alguns negócios jurídicos. Quanto à redução, “a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostra que este não teria sido concluído sem a parte viciada”<sup>15</sup>. E sobre a conversão, determina-se que “o negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente” desde que “contenha os requisitos de substância e de forma” e “o fim prosseguido pelas partes permite supor que o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”<sup>16</sup>.

Relativamente à convalidação da compra e venda de bens alheios, o contrato convalida-se automaticamente quando o vendedor adquira a propriedade da coisa ou o direito vendido e, em consequência, o contrato torna-se válido e a propriedade ou o direito transfere-se para o comprador<sup>17</sup>. Mais: havendo boa fé do comprador, “o vendedor é obrigado a sanar a nulidade da venda, adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido”<sup>18</sup>. E “se for responsável pelo não cumprimento desta obrigação”, incorre em indemnização que acresce à que resulta da venda

---

<sup>11</sup> Sobre este *senatusconsultum*, da época de Vespasiano, provavelmente do ano 75, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (ius romanum), cit., pp. 259-267

<sup>12</sup> Cf. D. 14,6,1,3.

<sup>13</sup> Macedónio chegou a perpetrar o assassinio do seu *pater*, que também era o seu genitor (pai biológico) para mais depressa receber a herança.

<sup>14</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 218.

<sup>15</sup> Cf. art. 292º.

<sup>16</sup> Cf. art. 293º.

<sup>17</sup> Cf. art. 895º. Vide A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis*, Petrony, Lisboa, 2017, pp. 57-58

<sup>18</sup> Cf. art. 897º., nº. 1. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 58-59.

de coisa alheia<sup>19</sup>.

E o mesmo regime encontramos na venda de bens onerados em que a anulabilidade do contrato fica sanada se os ónus ou limitações desaparecerem<sup>20</sup>, sendo o vendedor obrigado a sanar a anulabilidade do contrato mediante a expurgação dos ónus ou limitações<sup>21</sup> e, se não cumprir, incorre em responsabilidade que se junta à que resulta da venda de bens onerados por dolo<sup>22</sup>, mesmo sem culpa do vendedor<sup>23</sup>. Regime menos gravoso encontramos na venda de coisas defeituosas: o contrato convalesce se desaparecem os defeitos<sup>24</sup>, mas a obrigação de reparar ou substituir a coisa não existe se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece<sup>25</sup>; nem é, nesta hipótese, obrigado a indemnizar o comprador pela venda de coisa defeituosa<sup>26</sup>.

Numa palavra, o princípio "*utile per inutile non viciatur*" que o direito romano consagrou, embora sem o formular, continua presente no direito civil português.

### 3. Conclusão

#### 3.1 Direito romano

O princípio *utile per inutile non viciatur* foi provavelmente elaborado pelos jurisconsultos medievais. A sua base é romana, como observamos no seguinte fragmento de ULPIANO (D.45.1.1,5) e de PAULO (D. 50.17.129,1). Na época clássica, a cláusula codicilar permitia ao testador dispor de que, se o testamento não for válido, valha como codicilo. Trata-se, portanto, da conversão de um negócio jurídico (testamento) noutra (codicilo).

#### 3.2 Direito português

O princípio "*o útil não é viciado pelo inútil*" está presente no nosso direito civil quer nas figuras da redução e da conversão, quer em situações particulares como a convalidação de alguns negócios jurídicos. Relativamente à convalidação da compra e venda de bens alheios, o contrato convalida-se automaticamente quando o vendedor adquire a propriedade da coisa ou o direito vendido e, em consequência, o contrato torna-se válido e a propriedade ou o direito

---

<sup>19</sup> Cf. art. 900º., nº. 1. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 59-61.

<sup>20</sup> Cf. art. 906º. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 66.

<sup>21</sup> Cf. art. 907º., nº. 1. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 66-67.

<sup>22</sup> Cf. arts. 908º. e 910º. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 67.

<sup>23</sup> Cf. arts. 909º. e 910º. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 68-69.

<sup>24</sup> Cf. art. 906º., *ex vi* art. 913º., nº. 1.

<sup>25</sup> Cf. art. 914º. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 74-75

<sup>26</sup> Cf. art. 915º. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 75.

transfere-se para o comprador. Havendo boa fé do comprador, o *vendedor é obrigado a sanar a nulidade da venda, adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido*<sup>27</sup>. E se o vendedor *for responsável pelo não cumprimento desta obrigação* incorre em indemnização que acresce à que resulta da venda de coisa alheia.

## VIII “PRIOR IN TEMPORE POTIOR IN IURE”

### 1. Direito romano

No direito romano da época clássica, o penhor (*pignus*) era um direito real sobre uma coisa alheia e destinava-se a garantir o cumprimento de uma obrigação<sup>28</sup>. Caracteriza-se pela cedência da mera detenção de uma coisa ao credor<sup>29</sup>, que se obrigava a conservar<sup>30</sup> e a restituir após a satisfação do seu crédito. Conservando a propriedade e a posse, o devedor (ou o terceiro garante) podia reivindicar a coisa de quem ilegitimamente dela se tivesse apoderado, dispor do seu direito de propriedade desde que não alterasse o *pignus*, e gozava ainda da ação de furto (*actio furti*) e da ação de injúrias (*actio iniuriarum*) contra o credor pignoratício que utilizasse a coisa fora dos limites e das faculdades atribuídas pela relação convencional constitutiva do *pignus*<sup>31</sup>.

Além do *pignus*, o direito romano consagrou também a hipoteca (*hypotheca*) que se traduz na especial afetação de uma coisa ao cumprimento de uma obrigação. Os juristas romanos distinguiam estas figuras tão só no facto de no *pignus*, dito *datum*, o credor ser detentor da coisa, enquanto na hipoteca existe apenas uma especial afetação ao cumprimento da obrigação garantida. Falavam de *pignus datum* (o penhor propriamente dito) e de *pignus conventum* (a hipoteca) e afirmavam que “entre o penhor e a hipoteca só difere o nome, o som”<sup>32</sup>.

Ambas as figuras são direitos reais de garantia. Mas, enquanto só pode existir um penhor sobre determinada coisa, pode haver várias hipotecas sobre a mesma coisa, exatamente porque não há entrega (*traditio*), mas especial afetação.

---

<sup>27</sup> Cf. art. 897º., nº. 1. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 58-59.

<sup>28</sup> Seguimos de perto A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - III (direito reais)*, reimpressão, em *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 213-217.

<sup>29</sup> A coisa podia ser móvel ou imóvel e devia ser suscetível de posse e de alienação (D. 20,1,9,1). Também podia incidir sobre uma *universitas rerum* (v.g., um rebanho) e um conjunto de coisas (v.g., um armazém de mercadorias). Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 213<sup>2</sup>.

<sup>30</sup> Cf. D. 13,7,13,1.

<sup>31</sup> Cf. C. 8,34(35)3.

<sup>32</sup> D. 20.1.5.1: “*inter pignum et hypothecam tantum nominis sonus differt*”.

Por isso, coexistindo várias hipotecas sobre a mesma coisa, as relações entre os vários credores eram disciplinadas segundo o princípio *prior in tempore, potior in iure*”, ordenando-se as hipotecas pelas respetivas datas: preferia o credor com a hipoteca mais antiga e só com o resíduo da venda da coisa hipotecada seriam satisfeitos os credores garantidos por hipotecas posteriores<sup>33</sup>. Se várias hipotecas tivessem sido constituídas simultaneamente a favor de diferentes credores, preferia o possuidor segundo a regra “*possidentis meliorem esse condicionem*”<sup>34</sup>.

Para ultrapassar a posição incómoda de um credor titular de hipoteca posterior, o direito romano concedia-lhe o direito de oferecer (*ius offerendi*) ao credor de hipoteca anterior a satisfação do seu crédito e, quer aceitasse quer recusasse, o ofertante substituí-lo-ia na sua preferência<sup>35</sup>.

No entanto, com o decurso do tempo, sobretudo na época pós-clássica, foram admitidas exceções ao princípio *prior in tempore, potior in iure*. Fala-se de hipotecas privilegiadas<sup>36</sup>, de que destacamos a hipoteca a favor: 1) do mutuante sobre a coisa comprada com o dinheiro mutuado<sup>37</sup>; 2) do fisco sobre os bens do devedor contribuinte para garantia dos impostos devidos e não satisfeitos<sup>38</sup>; 3) do pupilo sobre as coisas do tutor; 4) da mulher sobre os bens do marido para garantia da restituição do dote<sup>39</sup>; 5) do credor de hipoteca documentada em escritura pública sobre a hipoteca constante de documento privado, a que Justiniano equiparou o documento subscrito por três testemunhas, pelo menos<sup>40</sup>.

## 2. Direito português

O princípio *prior in tempore, potior in iure*, da *prevalência* ou *prioridade* constituiu, no direito português, uma das características dos direitos reais que assinala a sua prioridade sobre os direitos de crédito e sobre os direitos reais constituídos posteriormente quanto total ou parcialmente incompatíveis com o anterior<sup>41</sup>. Todavia, a nossa doutrina está dividida entre quem recuse a prevalência como

---

<sup>33</sup> Cf. D. 20,4,2 e 11; -20,4,3,1; -20,4,11pr.; -20,4,12,10; C. 8,17(18),3 e 6; -8,25(26),3. A falsificação da data era punida com o *crimen falsi* (D. 48,10,28; C. 8,17(18),3).

<sup>34</sup> Cf. D. 20,1,10.

<sup>35</sup> Cf. D. 20,4,11,4; -20,5,2; -20,5,5pr. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 979.

<sup>36</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 980.

<sup>37</sup> Cf. D. 20,4,3,1; -20,4,5,6-7; C. 8,18(17),7; N. 97,3.

<sup>38</sup> Cf. C. 8,14(15),1.

<sup>39</sup> Cf. C. 5,13,1b.

<sup>40</sup> Cf. C. 8,17,11,1; -4,2,17; -4,29,23,1. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 980.

<sup>41</sup> Cf. art. 408º., nº. 1. A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, 5ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017, pp. 28-30; e a bibliografia aí citada.

caraterística dos direitos reais<sup>42</sup>, quem a admite<sup>43</sup> e quem a restrinja aos direitos reais de garantia<sup>44</sup>.

No entanto, o princípio *prior in tempore, potior in iure* também está presente em alguns direitos de crédito, de que destacamos: 1) o privilégio mobiliário geral, que concede ao seu titular a prevalência sobre os credores comuns do devedor<sup>45</sup>; 2) a concessão a diferentes pessoas, por contratos sucessivos, de direitos pessoais de gozo incompatíveis, situação em que prevalece o direito mais antigo, sem prejuízo das regras do registo<sup>46</sup>.

No campo dos direitos reais, a prevalência comporta exceções, de que referimos: 1) a prioridade do registo concedida ao segundo adquirente sobre o primeiro que não registou<sup>47</sup>; 2) os privilégios creditórios imobiliários preferem sobre a consignação de rendimentos, a hipoteca e o direito de retenção anteriormente constituídos<sup>48</sup>; 3) a prevalência do direito de retenção sobre hipoteca mesmo que registada anteriormente<sup>49</sup>.

Portanto, ressalvadas as exceções, o princípio romano *prior in tempore potior in iure* continua presente no nosso direito civil.

## IX

### “MALA FIDES SUPERVENIENS NON NOCET”

#### 1. Direito romano

Aplicado à figura da posse, este princípio, segundo o qual “*a má fé superveniente não prejudica*”, impede que a posse adquirida de boa fé se torne posteriormente de má fé se o possuidor vier a ter conhecimento de que a sua posse lesa o direito de outrem<sup>50</sup>.

Assim era, efetivamente, no direito romano que só considerava a boa fé no momento do início da posse e mantinha-a inalterada mesmo que posteriormente o possuidor passasse a estar de má fé. Contra, foi a posição do direito canónico

---

<sup>42</sup> Sucede com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos reais*, Lex, Lisboa, 1993, pp. 320-335.

<sup>43</sup> Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Reais*, 5ª. ed., reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 630.

<sup>44</sup> Assim, PINTO COELHO, citado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, pp. 321-322; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 628.

<sup>45</sup> Cf. art. 733º.

<sup>46</sup> Cf. art. 407º.

<sup>47</sup> Cf. arts. 5º e 6º. do Código do Registo Predial.

<sup>48</sup> Cf. art. 751º.

<sup>49</sup> Cf. art- 759º., nº. 2.

<sup>50</sup> Cf. art. 1260º., nº. 1.

medieval que “*partía de planteamientos éticos distintos*”<sup>51</sup>.

Segundo parece, aquele princípio foi elaborado pelos juristas medievais, embora com base nas fontes romanas da época clássica<sup>52</sup>.

A circunstância de a má fé posterior ao início da posse não alterar a boa fé no início permite que, decorrido o prazo previsto (dois anos nos prédios (*fundi*) e um ano nas restantes coisas)<sup>53</sup>, o possuidor adquira o objeto possuído por usucapião, desde que, além da posse e da boa fé, se verifiquem os seguintes requisitos: 1) cidadania romana do possuidor, 2) coisa corpórea e não *extra commercium*; 3) *iusta causa* ou *titulus usucapionis* (v.g., compra e venda (*mancipatio* ou *in iure cessio*) com vício que impede a transferência da propriedade; doação com o mesmo vício; *decretum* do pretor, etc.)<sup>54</sup>.

Mais tarde, no tempo dos Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala, foi criada uma nova figura jurídica denominada *praescriptio longi temporis* nas províncias. Inicialmente só permitia ao possuidor que paralise a ação de reivindicação do proprietário desde que tivesse a posse, pelo menos, durante 10 ou 20 anos, respetivamente, se este vivesse na mesma ou em província diferente, dispensando a *iusta causa* e a *bona fides*. Mais tarde, permitiu ao possuidor que recuperasse a posse se a coisa lhe fosse subtraída, aproximando-se da usucapião<sup>55</sup>.

Posteriormente, no ano 365, foi criada, provavelmente por Constantino, uma terceira figura, denominada *praescriptio longissimi temporis*, também denominada usucapião extraordinária com os mesmos efeitos e a mesma evolução da *praescriptio longi temporis*, mas com o prazo alargado para 30 anos, exceto se a coisa imóvel pertencesse ao fisco, ao imperador, à imperatriz, à igreja, a uma *pia causa* ou fosse litigiosa, situação em que o prazo era de 40 anos<sup>56</sup>. Continuou a dispensar-se o justo título e a boa fé<sup>57</sup>.

Finalmente, no direito justinianeu a velha *usucapio* foi fundida com a nova *praescriptio longi temporis* e a nova usucapião passou a depender dos seguintes requisitos: 1) *possessio* dita *civilis* ou *ad usucapionem*; 2) *tempus* (três anos nas coisas móveis e dez ou vinte nas imóveis, respetivamente entre residentes na mesma ou diferente província); 3) *res habilis* (idoneidade da coisa para ser

<sup>51</sup> Transcrevemos ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 671.

<sup>52</sup> Cf. D. 41,1,48,1. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 671.

<sup>53</sup> Segundo MELO FREIRE, estes prazos, acolhidos na Lei das XII Tábuas, provêm de Sólon. Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, III, no Boletim do Ministério da Justiça, 165/166, Lisboa, 1967, Título IV, § II.

<sup>54</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- (direitos reais)*, cit., pp. 73-80.

<sup>55</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 80-81.

<sup>56</sup> Cf. C. 7,39,8,1

<sup>57</sup> Cf. C. 7,37,39.

usucapida)<sup>58</sup>; 4) *iusta causa* (negócio jurídico que não permite adquirir a propriedade por sofrer de vício de fundo – aquisição *a non domino* – ou de forma; ou disposição judicial ou administrativa); 5) *bona fides* (exigência de que, no momento em que começa a possuir, o usucapiente deve comportar-se com a consciência de que não lesa o direito alheio)<sup>59</sup>. Ao lado da nova *usucapio* subsiste a *praescriptio longissimi temporis*.

Em contraste com o direito romano, segundo o qual para haver usucapião – não assim, na *praescriptio longissimi temporis* –, a boa fé devia existir no início da posse, sendo irrelevante que posteriormente o possuidor se tornasse de má fé, o direito canónico exigiu a boa fé durante todo o tempo da posse. E a mesma exigência estendeu-se à *praescriptio longissimi temporis*. Ou seja, nenhuma destas figuras era possível se, em qualquer momento, o possuidor estivesse de má fé<sup>60</sup>. Assim se impôs a máxima “*possessor malae fidei non praescribis*” recolhida numa decretal (*Vigilanti*, c. 5,X,2,26) do Papa Alexandre III, e seguida, na Idade Média<sup>61</sup>.

## 2. Direito português

Seguindo a *usucapio* romana, as nossas Ordenações Afonsinas exigem justo título e boa fé “*dês o primeiro dia, em que a dita cousa foi a poder do possuidor*”, estabelecendo o tempo de dez anos se “*ambos* (proprietário e possuidor) *eram moradores em huã Comarca*” e vinte anos “*morando eles ambos em desvoairadas Comarcas*”. Todavia, na hipótese, de não haver título e “*avendo acerca della má fé*” o prazo é alargado para trinta anos<sup>62</sup>. Trata-se da romana *praescriptio longissimi temporis*.

Posteriormente, as Ordenações Manuelinas exigem o justo título e a boa fé, como observamos no seguinte texto: “*Se o devedor que obrigou alguma sua cousa ao seu credor a vender a outrem (...), e a passar a seu poder (...) poderá o credor demandar o possuidor della que ou lhe pague a divida (...) ou lhe dee e entregue a dita cousa*”. E “*esta demanda lhe poderá fazer atee dez anos compridos, contados do primeiro dia que a dita cousa for a poder do possuidor com titulo e boa fee*”<sup>63</sup>. Estamos perante a *praes-*

<sup>58</sup> Não se considerando idóneas, não podiam ser usucapidas as *res extra commercium* (coisas sagradas, santas, religiosas e públicas), as coisas furtadas, possuídas com violência, coisas do príncipe, imóveis das igrejas e de fundações pias, etc. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 85-86.

<sup>59</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 82-88.

<sup>60</sup> Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, III, cit., § III.

<sup>61</sup> Todavia, entre os Francos, Germanos e Visigodos manteve-se a usucapião extraordinária (ou *praescriptio longissimi temporis*) romana, sem necessidade de justo título e de boa fé. Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *ibidem*, § IV.

<sup>62</sup> Cf. Ord. Afonsinas, IV,49,3.

<sup>63</sup> Cf. Ord. Manuelinas, IV, 33.

*criptio longi temporis* romana, igualmente acolhida nas Ordenações Filipinas<sup>64</sup>.

Quanto à *praescriptio longissimi temporis* (ou usucapião extraordinária), as nossas Ordenações recusam-na na integração das lacunas se o possuidor se encontrar de má fé. Nesta hipótese, determinam a substituição do direito romano pelo direito canónico, por a solução daquele ser pecaminosa<sup>65</sup>. Ou seja, o velho princípio romano *mala fides superveniens non nocet* foi substituído pelo princípio contrário<sup>66</sup>.

A posição destoante das Ordenações Afonsinas – que, como vimos, admitem a falta de título e de boa fé na prescrição aquisitiva trintenária – foi interpretada por MELO FREIRE por o direito civil (romano) “*reinar no foro com preferência sobre o canónico*”<sup>67</sup>. Por isso, não surpreende que atenta a superioridade do direito canónico que se vinha impondo, as nossas Ordenações Manuelinas e Filipinas tenham, como vimos, exigido o justo título e a boa fé para aquela prescrição aquisitiva enquanto direito subsidiário; nem que, mais tarde, COELHO DA ROCHA tenha afirmado que “*o mesmo possuidor, que era de boa fé, pode passar a possuidor de má fé*”<sup>68</sup>.

Curiosamente, não se poderá dizer que para esta nova doutrina terá contribuído a “*revolução*” operada pela Lei da Boa Razão que afastou o direito canónico como direito subsidiário do direito português<sup>69</sup>. Na verdade, a influência canónica manteve-se no entendimento de que só interessa a boa fé no início da posse, sendo irrelevante que, posteriormente, o possuidor venha a estar de má fé.

Ou seja, tinha-se imposto o princípio contrário, segundo o qual “*mala fides superveniens nocet*, que vemos acolhido no Código Civil de 1867, segundo o qual “*o possuidor de boa fé faz seus os frutos naturais e industriais que a coisa produziu e que foram colhidos até ao dia em que cessou a boa fé e os frutos civis correspondentes à duração da mesma posse de boa fé*”<sup>70</sup>.

Esta solução mantém-se no atual Código Civil, ao determinar que o possuidor de boa fé faz seus os frutos naturais percebidos “*até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem, e os frutos civis correspondentes ao mesmo período*”<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Cf. Ord. Filipinas, IV,3,1.

<sup>65</sup> Cf. Ord. Afonsinas, II,9,1; Ord. Manuelinas, II, 5pr.; e Ord. Filipinas, III, 64pr.

<sup>66</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, 5ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 185.

<sup>67</sup> Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, III, cit., § VIII, para quem “*assim se deve interpretar e acomodar a Ordenação ao direito civil (romano) que nessa altura reinava no foro com preferência sobre o canónico*”.

<sup>68</sup> Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, I, 8ª. ed., Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, p. 306.

<sup>69</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 408.

<sup>70</sup> Cf. art. 495º.

<sup>71</sup> Cf. art. 1270º., nº. 1. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 185.

Na base desta posição contrária ao direito romano está a nossa tradição jurídica fortemente alicerçada na circunstância de Portugal ser um país cristão. Não devemos ignorar que, nas Cortes de 1211, foi acolhida a norma que resolvia o conflito entre o direito canónico e as leis do Reino mandando aplicar aquele direito<sup>72</sup>.

## X

### “NENIME RES SUA SERVIT”

#### 1. Direito romano

Segundo este princípio, não pode ser constituída uma servidão sobre coisa própria. Por isso, se o proprietário de dois prédios (*fundī*) próximos constrói, num deles, um aqueduto para levar água ao outro, esta situação material em que um dos *fundī* proporciona uma utilidade ao outro não constitui uma servidão<sup>73</sup>.

Na *ratio* deste princípio está a circunstância de as servidões prediais – as primeiras e, ainda na época clássica, as únicas – se considerarem direitos sobre coisa alheia. Satisfaziam necessidades de um *fundus* (dito dominante), permitindo ao seu proprietário que realizasse determinadas atividades no *fundus* vizinho (dito serviente) ou impondo ao dono deste a abstenção de certas atividades no primeiro caso, a servidão diz-se positiva e, no segundo, negativa<sup>74</sup>.

#### 2. Direito português

A matéria das servidões foi, no âmbito das sucessivas Ordenações, regulada pelos costumes locais e subsidiariamente pelo direito romano. E também não suscitou o interesse dos nossos praxistas<sup>75</sup>. É uma situação que se compreende quer pelo facto de aquele direito oferecer uma disciplina clara elaborada com a sabedoria dos seus jurisconsultos que resiste à erosão dos tempos, quer pela sua aplicação como direito subsidiário e, daí, o seu estudo na Universidade portuguesa. Mais tarde, com o Iluminismo, a figura da servidão predial manteve-se presente, integrando, agora, a versão do *usus modernus pandectarum* acolhido em Portugal<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 213.

<sup>73</sup> Cf. D. 8,2,26; -8,3,33,1. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 756 e 1185

<sup>74</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., p. 174.

<sup>75</sup> Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8ª. ed., I, cit., p. 405.

<sup>76</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., pp. 407-408.

COELHO DA ROCHA define servidão como “a obrigação ou encargo imposto sobre um prédio para uso e utilidade de outro prédio pertencente a diferente dono”<sup>77</sup>

Na mesma linha, o Código de Seabra ocupa-se da servidão como “um encargo imposto em qualquer prédio, em proveito ou serviço de outro prédio pertencente a dono diferente”<sup>78</sup>. Desta definição resulta a impossibilidade de se constituir uma servidão sobre um prédio a favor de outro do mesmo proprietário.

Também o atual Código define a servidão predial como “o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente”<sup>79</sup>, definição que permite considerar a mesma impossibilidade. Porém, nada obsta a que um dos prédios pertença em compropriedade ou propriedade horizontal e o outro, a um dos consortes ou condóminos<sup>80</sup>.

Determina ainda que “podem ser objeto da servidão quaisquer utilidades, ainda que futuras ou eventuais, suscetíveis de ser gozadas por intermédio do prédio dominante, mesmo que não aumentem o seu valor”. Estamos, portanto, perante um tipo de direito real relativamente aberto, ou seja, de conteúdo atípico<sup>81</sup>.

Mantém-se, portanto, o princípio romano “*nemini res sua servit*” no direito português, situação que não surpreende se atendermos à presença do direito romano no nosso direito, muito especialmente nos direitos reais.

## XI

### “SERVITUS SERVITUTIS ESSE NON POTEST”

#### 1. Direito romano

Segundo este princípio, que encontramos em PAULO, “*não se pode constituir uma servidão sobre servidão*”<sup>82</sup>. É, no entanto, provável que se trate duma regra não clássica da autoria dos compiladores de Justiniano que consideravam o *ususfructus* uma servidão pessoal<sup>83</sup>. PAULO teria afirmado que não se pode constituir usufruto sobre uma servidão<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, p. 403.

<sup>78</sup> Cf. art. 2267º.

<sup>79</sup> Cf. art. 1543º.

<sup>80</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 423<sup>2092</sup>.

<sup>81</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 429.

<sup>82</sup> D. 33,2,1: “...*quia servitus servitutis esse non potest*” Cf. também: D. 8,3,33,1, no qual o vocábulo *fructus* terá substituído *servitus*. Quicá porque, no direito justinianeu, o usufruto é considerado uma das servidões pessoais. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- III (direitos reais)*, cit., pp. 174-175; e M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, 8ª. ed., I, cit., p. 483.

<sup>83</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 174<sup>2</sup>.

<sup>84</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 1185-1186 e 1195.

## 2. Direito português

Já tivemos oportunidade de referir o escasso (ou nulo) interesse que as nossas Ordenações tiveram pelas servidões, cuja disciplina os nossos juristas e tribunais importaram do direito romano.

A situação não se alterou depois da Lei da Boa Razão, quiçá por se tratar duma figura jurídica consolidada na *praxis* portuguesa oriunda do direito romano, agora na versão do *usus modernus pandectarum*. Ou seja, aquele direito continuou atual.

Havia que esperar pelo futuro Código Civil português que autonomizasse, como portuguesa, a figura da servidão (predial). Antes, porém, importava preparar o ambiente em que o nosso legislador se iria mover, tarefa, em parte, desempenhada por COELHO DA ROCHA que define a servidão como “*a obrigação, ou encargo imposto sobre um prédio para uso e utilidade de outro prédio pertence a diferente dono*”<sup>85</sup>. As referências ao direito romano continuam a ser frequentes e importantes.

Preparado esse novo ambiente em que se iria mover o movimento codificador, não surpreende que o Código Civil de 1867 dedicasse à figura jurídica da servidão predial o cuidado necessário, tornando português o velho e atual direito romano. O nosso legislador começa por definir a servidão (predial) como “*um encargo imposto em qualquer prédio (dito “serviente”) em proveito ou serviço de outro prédio pertence a dono diferente (dito “dominante”*<sup>86</sup>; e determina que “*todas as mais servidões, denominadas de interesse público ou de interesse privado, são verdadeiras restrições do direito de propriedade*”<sup>87</sup>.

Compreende-se, portanto, que o princípio romano “*servitus servitutis esse non potest*” continuasse presente no nosso direito: se, na velha tradição romana, apenas se pode onerar um prédio, afastadas estão as servidões que oneram outras servidões previamente constituídas. Além de que são restrições ao direito de propriedade e não ao direito de servidão.

Na mesma linha, o atual Código Civil não precisou de determinar expressamente esta impossibilidade, porque se “*a servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente*”<sup>88</sup>, é óbvio este encargo não pode incidir sobre uma servidão.

Em conclusão: o princípio “*servitus servitutis esse non potest*” continua presente no direito civil português. Constitui uma *hereditas* romana.

---

<sup>85</sup> Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, p. 403.

<sup>86</sup> Cf. art. 2267º.

<sup>87</sup> Cf. art. 2286º.

<sup>88</sup> Cf. art. 1543º.

## XII

### “SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT”

#### 1. Direito romano

Este princípio, segundo o qual “a natureza da servidão não consiste em que alguém seja obrigado a fazer alguma coisa, mas seja obrigado a suportar ou não fazer alguma coisa” determina que o titular do prédio serviente só deve ter um comportamento passivo: tolerar (*pati*) que o proprietário do prédio dominante realize determinadas atividades no prédio serviente ou abster-se (*non facere*) de realizar certas atividades no seu prédio<sup>89</sup>.

No entanto, não se trata dum princípio romano, mas elaborado pelos jurisconsultos medievais embora com base nas fontes romanas. Efetivamente, segundo POMPÓNIO, “não pertence à natureza das servidões que alguém faça alguma coisa, por exemplo, levante jardins ou proporcione uma vista mais amena ou pinte na sua propriedade, mas que tolere alguma coisa ou não a faça”<sup>90</sup>.

Admite-se, no entanto, uma exceção a propósito da *servitus oneris ferendi*, na qual o proprietário do prédio serviente está obrigado a ter sempre em bom estado (em condições de assegurar a utilidade produzida para o prédio dominante) a parede em que se apoia o muro do vizinho e, eventualmente, reconstruí-la, a reparar o caminho, fazer as obras de conservação do aqueduto, etc.<sup>91</sup>.

Mesmo assim, o entendimento da *iurisprudencia* não foi pacífico, havendo quem, como informa ULPIANO: enquanto AQUILIO GALLO recusava a *servitus oneris ferendi* porque “em qualquer servidão, a reparação pertence a quem afirma que é sua”, SÉRVIO e LABEÃO admitem-na, porque “não a deve a pessoa, mas a coisa, cujo abandono é lícito ao dono”<sup>92</sup>. Esta justificação convoca a figura do ónus real, recuperado por BÁRTOLO, ou da obrigação real (*obligatio propter rem*)<sup>93</sup>.

Parece-nos, no entanto, que esta exceção se justifica atendendo à especial natureza da *servitus oneris ferendi*. Na verdade, o proprietário do prédio serviente só é obrigado a manter em bom estado a parte do seu edifício em que se apoia a construção do outro e, se estas despesas fossem suportadas pelo dono do prédio domi-

<sup>89</sup> Cf. D. 8,1,15,1; -8,2,33; -8,5,6,2.

<sup>90</sup> D. 8,1,15,1: “*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoenorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat, aut non faciat*”.

<sup>91</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 1185 e 1193

<sup>92</sup> Cf. D. 8,5,6,2.

<sup>93</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 1194, para quem a figura do ónus real é um conceito muito posterior que levaria a forçar excessivamente a linha de pensamento dos jurisconsultos romanos. Do mesmo modo que não parece adaptável ao direito romano a noção de obrigação real. Sobre o ónus real e a obrigação real no direito português, vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., pp. 93-101 e 105-110.

nante, aquele ficaria enriquecido: o muro, a parede, a coluna não servem apenas para apoiar o edifício alheio; proporcionam também utilidade ao seu proprietário<sup>94</sup>.

## 2. Direito português

Não parece ousado repetir o que já referimos sobre evolução das servidões prediais na história do direito português: desde o escasso (ou nulo) interesse que as nossas Ordenações lhes dispensam até à sua paulatina afirmação e consagração no século XIX. A própria Lei da Boa Razão, assim chamada por JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES “*porque refugou as Leis Romanas que em BOA RAZÃO não forem fundadas*”<sup>95</sup>, viria a legalizar o recurso subsidiário ao *usus modernus pandectarum*, ou seja, ao direito romano atual que tinha na servidão predial uma das suas figuras jurídicas.

A situação começou a mudar nos tempos marcados pelo movimento codificador<sup>96</sup>. Assim, COELHO DA ROCHA ensinava que “*as servidões contêm essencialmente limitação da propriedade predial de outro e, por isso, não podem consistir em fazer, mas unicamente: a) ou em consentir que o dono do prédio dominante faça ou use do serviente; b) ou em ser privado de praticar algum ato de proprietário*”<sup>97</sup>. Ainda segundo este Autor, não há, em nenhuma legislação, servidões que consistam *in agendo* por parte do prédio serviente, mas este princípio não exclui que o dono deste prédio se possa obrigar por contrato ou por prescrição às obras necessárias para o uso da servidão. E refere, como frequentes, a servidão *oneris ferendi*, falando, no entanto, de “*servidão anômala*”<sup>98</sup>.

Seguindo a mesma via, o Código Civil de Seabra, depois da noção de servidão (predial)<sup>99</sup>, dispõe que “*o dono do prédio dominante tem o direito de fazer no prédio serviente todas as obras necessárias para o uso e conservação da servidão, mas de modo que não a altere ou torne mais onerosa*”<sup>100</sup>. Determina ainda que “*se o dono do prédio serviente também auferir utilidade da coisa, sobre que recai a servidão, será obrigado a contribuir pela forma estabelecida no § antecedente*”<sup>101</sup>. Prevê também a hipótese de o dono do prédio serviente “*se houver obrigado, no respetivo título, a custear as obras necessárias*”, situação em que “*poderá eximir-se desse encargo,*

---

<sup>94</sup> Cf. D. 8,5,6,2: -8,5,8,2. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., p. 175.

<sup>95</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 403<sup>1</sup>.

<sup>96</sup> Sobre este movimento, vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 462-466.

<sup>97</sup> Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8<sup>a</sup>. ed., I, cit., p. 403.

<sup>98</sup> Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, cit., p. 404.

<sup>99</sup> Cf. art. 2267<sup>o</sup>.

<sup>100</sup> Cf. art. 2276<sup>o</sup>.

<sup>101</sup> Cf. art. 2276<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>.

*abandonando o seu prédio ao dono do prédio dominante*<sup>102</sup>. E estabelece ainda que “o dono do prédio serviente não poderá de modo algum estorvar o uso da servidão constituída”<sup>103</sup>. Ou seja, começa por onerar o proprietário do prédio dominante pelas obras necessárias ao uso e conservação da servidão, no respeito pelo princípio de justiça “*ubi commoda, ibi incommoda*”. Não afasta a possibilidade de, no respeito pela liberdade contratual, permitir ao dono do prédio serviente que se obrigue a fazer tais obras, mas concede-lhe a possibilidade da renúncia liberatória. E consagra o comportamento negativo que o obriga. Qualquer destas hipóteses remonta ao direito romano.

O atual Código Civil onera o proprietário do prédio dominante com as obras no prédio serviente “*desde que não tornem mais onerosa a servidão*”<sup>104</sup>. Prevê também a hipótese de o proprietário do prédio serviente ter assumido este encargo<sup>105</sup> e a correspondente renúncia liberatória<sup>106</sup>. Ou seja, mantém o regime jurídico do Código anterior e, portanto, a linfa romana.

Poder-se-á, portanto, afirmar que, via de regra, o princípio “*servitus in faciendo consistere nequit*” se mantém no nosso direito civil.

### XIII

#### “SERVITUS PERPETUA CAUSA DEBET”

##### 1. Direito romano

Segundo este princípio, a *servidão deve satisfazer uma causa perpétua*”, ou seja, uma necessidade permanente e não transitória, embora possa ser intermitente, do prédio dominante<sup>107</sup>.

Tem importância clara na servidão de aqueduto (*servitus aquaeductus*), na servidão que permite retirar água de um poço existente num prédio vizinho (*servitus aquae hastus*) e na servidão de navegar sobre um curso de água no prédio serviente, para acesso ao prédio dominante (*servitus navigandi*)<sup>108</sup>.

Tratando-se de servidão predial, cessa quando deixa de ser útil ao prédio dominante. E, pela mesma razão, a utilidade, que este princípio consagra, deve ser vista na perspetiva do prédio dominante e não do seu proprietário em cada

<sup>102</sup> Cf. art. 2277º.

<sup>103</sup> Cf. art. 2278º.

<sup>104</sup> Cf. art. 1566º, nº. 1.e 1567º, nº. 1.

<sup>105</sup> Cf. art. 1567º, nº. 1, *in fine*.

<sup>106</sup> Cf. art. 1567º, nº. 4.

<sup>107</sup> Cf. D. 8,3,5,1; -8,3,6,1; -8,3,3pr.; -43,20,1,5-6. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., p. 175-176.

<sup>108</sup> Sobre estas servidões, vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 180.

momento<sup>109</sup>. Ou seja, trata-se duma vantagem objetiva que permite tornar o prédio dominante (rústico) mais produtivo e confere ao prédio urbano vantagens que o tornam mais agradável<sup>110</sup>.

Afastada está, portanto, a utilidade meramente pessoal do titular do prédio dominante: *v.g.*, segundo PAULO “*não se pode impor uma servidão para que seja lícito colher fruta, passear e jantar em prédio alheio*”<sup>111</sup>.

## 2. Direito português

Na sua definição de servidão, COELHO DA ROCHA fala de encargo imposto a um prédio para uso e utilidade de outro prédio de dono diferente<sup>112</sup>.

O Código de Seabra acolheu esta doutrina, apenas substituindo “*uso e utilidade de outro prédio*” por “*proveito ou serviço de outro prédio*”<sup>113</sup>.

O nosso atual Código Civil fala em “*proveito exclusivo de outro prédio*”<sup>114</sup>. E determina que “*podem ser objeto da servidão quaisquer utilidades, ainda que futuras ou eventuais, suscetíveis de ser gozadas por intermédio do prédio dominante*”<sup>115</sup>, o que significa que se mantém a utilidade objetiva consagrada no direito romano<sup>116</sup>.

## XIV

### “SERVITUS DIVIDI NON POSSUNT”

#### 1. Direito romano

Este princípio, segundo o qual “*as servidões não podem ser divididas*”, assinala a indivisibilidade das servidões<sup>117</sup>. Portanto, se o prédio dominante fosse dividido, a servidão pertenceria, por inteiro, a cada uma das partes resultantes da divisão<sup>118</sup>; e na hipótese inversa de divisão do prédio serviente, cada uma das

---

<sup>109</sup> Cf. D. 8,3,5,1: -8,3,6. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1186.

<sup>110</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, pp. 1187-1188.

<sup>111</sup> D. 8,1,8pr.: “*ut pomum decernere liceat, et ut spatiari et ut caenare in alieno possumus, servitus imponi non potest*”.

<sup>112</sup> Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, cit., p. 403.

<sup>113</sup> Cf. art. 2267º.

<sup>114</sup> Cf. art. 1543º.

<sup>115</sup> Cf. art. 1544º.

<sup>116</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 429. Aqui se refere que, se a fruição de utilidades fosse em benefício pessoal e não por intermédio de um prédio dominante, estaríamos perante uma relação obrigacional.

<sup>117</sup> Cf. D. 8,4,18; -35,2,1,9; -8,1,17.

<sup>118</sup> Cf. D. 8,3,23,3.

suas partes continuava a suportar a servidão por inteiro<sup>119</sup>.

Se houvesse vários comproprietários do prédio serviente, para a validade da constituição e da extinção de servidão exigia-se o consentimento de todos<sup>120</sup>. E se os proprietários de diversos prédios dominantes adquirissem em comum o prédio serviente, a servidão não se extinguiria por confusão, porque cada proprietário só adquiria uma parte deste prédio<sup>121</sup>.

## 2. Direito português

O Código Civil de 1867 consagra uma norma jurídica à indivisibilidade das servidões, determinando: “*as servidões são indivisíveis: se o prédio serviente for dividido entre vários donos, cada porção ficará sujeita à parte de servidão que lhe cabia; e, se o prédio dominante for dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança*”<sup>122</sup>.

Também o atual Código Civil se ocupa especificamente da indivisibilidade das servidões, numa norma que decalca do Código anterior<sup>123</sup>.

A nossa doutrina observa que a divisão de um prédio não importa a multiplicação de servidões, tudo se passando, em relação ao objeto e exercício da servidão, como se não tivesse havido divisão.

Por isso, tratando-se de servidão de passagem através de um prédio que se fraciona em duas metades, só a que é objeto da passagem permanece onerada com a servidão; e se essa servidão se exercer indistintamente sobre uma ou outra parte, cada uma continuará sujeita ao encargo nos mesmos termos em que estava antes da divisão.

E o mesmo sucede com o prédio dominante: *v.g.*, se um prédio urbano, que beneficia duma servidão de vistas, for dividido, só a fração onde a janela se localiza ficará, pela própria natureza das coisas, com direito à servidão<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> Vide JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 827.

<sup>120</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1186; e JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *ibidem*, p. 827.

<sup>121</sup> Cf. D. 8,1,8,1; -8,2,30,1; -8,3,32; -8,3,34pr.; -8,14,3. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - (direitos reais)*, cit., pp. 176-177; e JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *ibidem*, p. 826.

<sup>122</sup> Cf. art. 2269º.

<sup>123</sup> Cf. art- 1546º.

<sup>124</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 428.

## XV

### “POSSIDENTIS MELIOR ESSE CONDICIONEM”

#### 1. Direito romano

Este princípio de que “o possuidor está em melhor condição” teve, em direito romano, diversas aplicações.

Desde logo, quando, para evitar as dificuldades que o *onus probandi* impunha ao proprietário que provasse a sua propriedade<sup>125</sup> – dificuldades a que os jurisconsultos medievais chamaram a *probatio diabolica* –, a ação de reivindicação era substituída por *interdicta* que tutelavam a posse: bastaria e era mais fácil provar a posse, a justa causa, a boa fé e o tempo necessário para adquirir por usucapião<sup>126</sup>. Ou seja, a posse oferecia a comodidade que a tutela da propriedade não previa.

Depois, tratando-se de hipoteca simultaneamente constituída a favor de dois ou mais credores, sem que nenhuma delas se considere privilegiada – *v.g.*, a que incide sobre coisa com dinheiro mutuado, a favor do mutuante<sup>127</sup>, ou a constituída a favor do fisco<sup>128</sup> –, pelo produto da venda da coisa hipotecada será satisfeito, em primeiro lugar, o credor que tiver a sua posse<sup>129</sup>.

Outra hipótese consiste na recusa da ação (*condictio*) ao pai para pedir a restituição do pagamento feito pelo filho em relação a uma dívida de jogo. Nesta hipótese, quem foi pago pode reter a coisa que lhe foi entregue à luz do mesmo princípio<sup>130</sup>.

#### 2. Direito português

A matéria da posse constitui, nas palavras de COELHO DA ROCHA, “um dos mais embaraçados (artigos) da jurisprudência: as suas regras são igualmente difíceis de expor em teoria como de aplicar na prática”<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> Cf. C. 3,19,2. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- (direitos reais)*, cit., pp. 109-111, 147 e 166-170.

<sup>126</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 111<sup>5</sup>.

<sup>127</sup> Cf. C. 8,17,7

<sup>128</sup> Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 422.

<sup>129</sup> Cf. D. 20,1,10

<sup>130</sup> Vide ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 398.

<sup>131</sup> Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, cit., § 433. No mesmo sentido, vide JOSÉ DIAS FERREIRA, *apud* ANTÓNIO MANEZES CORDEIRO, *A posse. Perspetivas dogmáticas atuais*, 3ª. ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 8. Vide também A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 157 e a bibliografia aí citada.

Não surpreende, por isso, o muito escasso tratamento que as nossas Ordenações lhe concederam e que, nos alvares da publicação do Código de Seabra, os nossos juristas continuassem a seguir o direito romano.

Assim, COELHO DA ROCHA refere que, “em geral, qualquer possuidor presume-se justo, e deve ser mantido na posse, ainda que não ofereça título, em quanto pela parte não for provado o contrário”. E, “em igualdade de circunstâncias é melhor a condição do atual possuidor”, porque “o último possuidor é o legítimo, em quanto se não provar o contrário”<sup>132</sup>. Depois, relativamente às ações possessórias, refere que se trata de “ações especiais para pedir, reter ou recuperar a posse (*interdicta adipisciendae, retinendae, recuperandae*), que “têm a vantagem de não exigirem senão a prova da posse, ordinariamente mais fácil do que a do domínio; de serem pela maior parte sumárias; e de não prejudicarem a questão da propriedade; e por isso a elas recorrem não só os simples possuidores, mas ainda mesmo muitas vezes os proprietários e possuidores perfeitos”<sup>133</sup>. Ou seja, ao nosso jurista do século XX não passou despercebida a maior comodidade que a defesa da posse oferecia ao proprietário.

O Código Civil de Seabra dispõe que “a posse produz em favor do possuidor a presunção de propriedade, que pode ser mais ou menos atendível, conforme as circunstâncias”<sup>134</sup>. Depois, dispõe que “se a posse é de menos de um ano, ninguém pode ser mantido ou restituído judicialmente senão contra aqueles que não tenham melhor posse”<sup>135</sup>. E, pronunciando-se sobre a melhor posse, dispõe sucessivamente a titulada, a mais antiga e “se ambas as posses forem iguais, prefere a atual”<sup>136</sup>.

Finalmente, o atual Código Civil insere-se na mesma linha. Consagra a presunção de titularidade do direito a cujo exercício a posse corresponde<sup>137</sup>, presunção importante porque o proprietário nem sempre dispõe de elementos que lhe permitam provar o seu direito, cabendo ao terceiro o ónus de impugnar esta presunção<sup>138</sup>. Por isso, continua a dizer-se que a situação do possuidor é, para certos efeitos, mais vantajosa do que a de titular do direito: *melior est conditio possidentis*<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, § 447.

<sup>133</sup> Voltamos a transcrever M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, § 450.

<sup>134</sup> Cf. art. 477º.

<sup>135</sup> Cf. art. 488º.

<sup>136</sup> Cf. art. 488º, § único.

<sup>137</sup> Cf. ar. 1268º, nº. 1.

<sup>138</sup> Cf. art. 350º, nº. 1.

<sup>139</sup> Vide HENRIQUE MESQUITA *apud* A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 190.

## XVI

### “MALE ENIM NOSTRO IURE UTI NON DEBEMUS”

#### 1. Direito romano

Este princípio de que “*não devemos usar mal do nosso direito*” que lemos em GAIO vem na sequência duma *constitutio*<sup>140</sup> de Antonino Pio que responsabiliza igualmente quem matar, sem causa, um escravo próprio como se fosse alheio e, também, reprimiu a dureza excessiva dos donos de escravos que se refugiam nos templos dos deuses ou junto às estátuas dos imperadores, obrigando-os a vendê-los<sup>141</sup>.

Trata-se, na opinião de ALVARO D’ORS, dum “*verdadeiro “abuso” de un derecho*” que observamos no direito justinianeu como ato antijurídico<sup>142</sup>:

D. 50,17,55: “*Não se considera que atue com dolo quem usa do seu direito*”<sup>143</sup>.

Como GAIO refere, a origem deste princípio está ligada ao uso abusivo do direito de propriedade que, contrariamente ao que se pensou em determinados setores ideologicamente muito marcados, teria sido, nos tempos mais antigos, um vasto e absoluto poder do proprietário sobre as coisas que lhe pertenciam, expresso nas faculdades a que os jurisconsultos medievais chamaram “*ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*”, ou seja, “*direito de usar, de fruir e de consumir*”, vocábulo este, erradamente interpretado como *abusar*<sup>144</sup>.

Importa, no entanto, ter presente que o direito de propriedade jamais deixou de ser limitado por interesses públicos, privados e motivos religiosos e morais. Assim, destacamos, como brevíssimos exemplos as seguintes limitações: 1) a proibição do senatusconsulto *Acilianum* ao proprietário de arrancar as esculturas, estátuas e todos os elementos ornamentais, protegendo, assim, a beleza dos edifícios; 2) a proibição da Lei das XII Tábuas ao proprietário de um prédio de desviar o curso natural das águas pluviais com prejuízo do vizinho; 3) a proibição da Lei das XII Tábuas de sepultar cadáveres dentro da cidade e a sua incineração a menos de 60 pés do edifício mais próximo<sup>145</sup>.

Particular referência merece igualmente o princípio de que só deve ser tolerada a intromissão não grave (*non gravis*) de fumos, poeiras, vapores, humidade,

---

<sup>140</sup> Trata-se duma *lex* do imperador.

<sup>141</sup> Cf. GAIO 1,53.

<sup>142</sup> Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 156, para quem na doutrina moderna fala-se de abuso do direito, “*pero debería hablarse de “abuso de la ley”, pues la represión judicial ha convertido el supuesto “abuso” em acto “antijurídico”*”.

<sup>143</sup> D. 50,17,55: “*Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*”.

<sup>144</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- (direitos reais)*, cit., pp. 29-30.

<sup>145</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 30-35.

odores, etc., provenientes do uso ou exercício normal da propriedade vizinha<sup>146</sup>. A proibição de intromissões graves levou os juristas medievais a elaborar a doutrina dos “*atos de emulação*”, segundo a qual o proprietário não pode realizar atividades que não lhe proporcionem nenhuma (ou muito escassa) utilidade e se destinem a causar dano a outros.

Porém, a dificuldade de investigar os motivos e fins que determinaram a *immissio*, levou os juristas, no século XIX, a elaborar uma nova teoria suscetível de responder às exigências económicas duma sociedade em que a produção industrial tendia a desenvolver-se: entende-se que devem considerar-se lícitas e ilícitas, as *immissiones* que resultem, respetivamente, do uso normal e anormal da *res* própria. Desta *teoria do uso normal* desenvolveu-se a teoria das influências diretas e indiretas, consoante os efeitos das *immissiones* comecem a produzir-se só em prédio alheio ou já no prédio do agente. As influências diretas são proibidas e as indiretas, permitidas, se não excederem a tolerância normal.

E, numa perspetiva mais geral, que ultrapassa as meras relações de vizinhança e considera os interesses sócio-económicos da coletividade, surgiu, no século XX, a teoria do *abuso ou do excesso do direito*<sup>147</sup>.

Embora os fautores destas teorias invoquem as fontes romanas, nenhuma é romana. No entanto, revelam, nos juristas romanos, um sentimento muito vivo da importância social do exercício da propriedade, como observou MARIO TALAMANCA, para quem há, nas opiniões desses juristas uma inequívoca manifestação da tutela dos “*doveri di solidarietà o della funzione sociale della proprietà como valori prevalenti sull’egoismo del singolo proprietario*”<sup>148</sup>.

## 2. Direito português

Fiel ao individualismo liberal do seu tempo<sup>149</sup>, o Código Civil de Seabra não consagrou a figura do abuso do direito<sup>150</sup>, apesar de, antes, haver uma ou outra referência em terminologia diferente: *v.g.*, a Resolução Régia de 17 de agosto de 1775 proibiu o dono de fonte ou nascente de dar à água um destino determinado apenas por ódio para prejudicar os proprietários inferiores.

Todavia, os tempos foram passando e impôs-se uma nova visão com reflexos na função social da propriedade, cuja “*consagração mais expressiva resulta da*

<sup>146</sup> Cf. D. 8,5,8,5.

<sup>147</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- (direitos reais)*, cit., pp.35-38.

<sup>148</sup> Vide MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milão, 1990, pp- 402-403. Vide também A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 37.

<sup>149</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., pp. 480-481.

<sup>150</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 485

*noção de abuso do direito*<sup>151</sup>.

Efetivamente, o novo Código Civil determina que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Trata-se dum princípio geral com repercussões nos diversos ramos do direito civil e outros direitos, sobretudo privados.

É uma figura particularmente importante pelos valores que convoca e que espelham as exigências duma sociedade que, “*respeitando os direitos da pessoa humana, consagra a supremacia do bem comum sobre os interesses dos indivíduos e as apêndices dos grupos*”<sup>152</sup>.

E, se considerarmos que o direito de propriedade consagrado no nosso direito civil não se afasta significativamente, nas suas limitações, do direito romano, compreender-se-á melhor que o velho princípio “*male enim nostro iure uti non debemus*” continue presente entre nós.

## XVII

### “SUPERFICIES SOLO CEDIT”

#### 1. Direito romano

Em Roma, por efeito do princípio da absorvência, tudo o que está ou se incorpora num prédio (*fundus*) pertence ao proprietário desse prédio<sup>153</sup>. Em consequência, se, *v.g.*, fosse construído um edifício em terreno alheio, o dono deste adquiria a sua propriedade: é também o que dispõe o princípio “*superficies solo cedit*”, como observamos em GAIO:

D. 43,18,2.: “*Chamamos casa em superfície à construída em terreno arrendado, cuja propriedade é do proprietário do terreno tanto por direito civil como natural*”<sup>154</sup>;

I. 2,73: “*O edificado por outro em nosso terreno, embora tenha sido edificado à sua conta, torna-se nosso por direito natural, porque o construído sobre ele acede ao terreno*”<sup>155</sup>. Todavia, numa sociedade em que os terrenos eram propriedade do

---

<sup>151</sup> Cf. art. 334º. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 566.

<sup>152</sup> Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 567.

<sup>153</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- III (direitos reais)*, cit., p. 17.

<sup>154</sup> D. 43,18,2: “*Superficiarias aedes appallamus, quae in conducto solo positae aint; quarum proprietas et civili, et natural iure eius esset, cuius et solum*”

<sup>155</sup> GAIO 2,73: “*Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure natural nostrum fit, quia superficies solo cedit*”.

Estado (*pouulus Romanus*), de algumas instituições públicas e de poucos cidadãos romanos, aquele princípio chocava com o desenvolvimento da sociedade romana<sup>156</sup>: quem construísse a casa de que precisava para habitar, não dispendo de terrenos, perdê-la-ia para o dono do terreno onde fosse construída. Por isso, poucos se aventuravam a construir casas que a expansão demográfica exigia.

No campo da exploração comercial, tornaram-se famosas as autorizações do Estado a banqueiros para, no *forum*, construir edifícios (*tabernae*) mediante o pagamento de um cânone (*solarium*) anual. Não se conhece, com exatidão, o regime jurídico destas concessões, mas é muito provável que tenham criado relações pessoais, nas quais o Estado se obrigava a respeitar o gozo e a disponibilidade de os edifício contruídos em terrenos públicos<sup>157</sup>.

Só que, como sabemos, a tutela dos direitos pessoais de gozo era frágil, sobretudo quando as explorações fossem cedidas: o adquirente (cessionário) devia obrigar-se para com o cedente a respeitar as condições da concessão para com o proprietário do terreno; e o cedente garantir ao adquirente o respeito da concessão por parte do proprietário do terreno.

Para atenuar estas dificuldades, o pretor concedeu ao dono do edifício (superficiário) o *interdictum de superficiebus*, para o proteger de possíveis perturbações de terceiros<sup>158</sup>. Mas coube ao direito de justinianeu dar o passo final: provavelmente influenciado pelo direito helenístico, atribuiu à superfície a natureza de direito real<sup>159</sup>.

Porém, havia que ultrapassar uma grave dificuldade: se o edifício pertence doravante ao construtor (superficiário) não pode pertencer simultaneamente ao dono do terreno, por força do princípio de exclusividade do direito de propriedade. Esta dificuldade foi sabiamente vencida sem, formalmente, afastar o princípio *superficies solo cedit*: a propriedade do edifício pertence ao dono do terreno; e, ao construtor, pertence a propriedade (*superficies*) de coisa alheia (no caso, edifício alheio). Ou seja, o direito de superfície é um *ius in re aliena*<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 408.

<sup>157</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1293; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano --- III (direitos reais)*, cit., p. 211 e *Direitos reais*, cit., p. 408.

<sup>158</sup> Cf. D. 43,18,1pr. e 2.

<sup>159</sup> Assim, o direito de superfície passou a ser protegido por ações reais, nomeadamente, a *vindicatio utilis* (D. 43,18,1pr., 1 e 3), a *servitutis vindicatio* (D. 39,1,3,3). Aquela é uma verdadeira ação de reivindicação e esta tutela uma servidão predial. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, cit., p. 212.

<sup>160</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 211; e JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 794.

## 2. Direito português

Na Idade Média, o direito de superfície foi ignorado e, mesmo na primeira fase da codificação (época do Código de Napoleão), as ideias liberais eram-lhe pouco propícias<sup>161</sup>.

Em Portugal, o Código de Seabra, seguindo o paradigma daquele Código, apenas admitiu a hipótese de existirem árvores em terreno alheio e a sua preocupação foi eliminar esta situação. E só em 1948, o direito de superfície foi introduzido, como direito real, no nosso ordenamento jurídico, embora com um campo de aplicação muito restrito: só podia ser constituído pelo Estado, autarquias locais e pessoas coletivas de utilidade pública administrativa em terrenos do seu domínio privado. Por isso, pode afirmar-se que só no Código Civil atual o direito de superfície se impôs<sup>162</sup>.

O direito de superfície é, aqui, definido como a “*faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações*”<sup>163</sup>.

A natureza jurídica deste direito continua a não ser pacífica<sup>164</sup>. No entanto, parece-nos mais acertada a ideia de que se trata duma relação jurídica complexa em que se distinguem dois momentos: no primeiro (antes da construção ou plantação), o superficiário goza da faculdade de construir (ou plantar) em solo alheio; no segundo (feita a construção ou plantação), é titular dum direito de propriedade sobre o edifício (ou plantação). Quanto ao dono do terreno, é proprietário do solo, embora a sua propriedade seja limitada pela existência do direito de superfície.

De todo o modo, só existe um direito sobre coisa alheia no primeiro momento; no segundo, haverá dois direitos de propriedade: o do fundeiro, limitado pela existência do direito de superfície; e o do superficiário, sujeito também a um regime específico: *v.g.*, dar preferência ao fundeiro na venda ou dação em cum-

---

<sup>161</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 409; e JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos reais*, cit., pp. 794-795.

<sup>162</sup> Vide JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *ibidem*, pp. 794-795; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 409.

<sup>163</sup> Cf. art.1524º.

<sup>164</sup> Vide PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, III, cit., pp. 588-590; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Direitos reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Almedina, Coimbra, 1976, p. 117; JOSÉ D'OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito de superfície referente a plantações em Scientia Iuridica*, XXI, Braga, 1972, pp. 365-380 e *Direito Civil. Reais*, 5ª. ed., reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 532-533; Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos reais, Lex*, Lisboa, 1993, pp. 714-716; LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 6ª. ed., *Quid Iuris*, Lisboa, 2009, p. 435; RUI PINTO DUARTE, *Curso de direitos reais*, 2ª. ed., *Principia*, S. João do Estoril, 2007, p. 172; JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos reais*, cit., pp. 817-820; e A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., pp. 411-412.

primento do direito de superfície<sup>165</sup>; a extinção do direito de superfície pela não reconstrução da obra ou não renovação da plantação no prazo fixado ou, na falta de fixação, no prazo de dez anos<sup>166</sup>; a obrigação de pagar a prestação acordada ou as prestações anuais<sup>167</sup>; etc.

Em conclusão, parece-nos que o velho princípio *superficies solo cedit* não existe no direito português<sup>168</sup>.

## XVIII “PACTA SUNT SERVANDA”

### 1. Direito romano

Segundo ULPIANO, o pretor terá dito, no seu *edictum*, o seguinte: “*Manterei os pactos acordados que tenham sido feitos sem dolo, sem infringir as leis, os prebiscitos, os senatusconsultos, os decretos e editos dos imperadores e pelos quais não tenha sido cometida fraude contra qualquer deles*”<sup>169</sup>.

Com esta cláusula edital que, embora com alguma interpolação<sup>170</sup>, remonta à época republicana<sup>171</sup>, o pretor anuncia que protegerá “*todos os pactos honestos y no realizados en fraude de la legalidade, cualqueira que fuera su contenido*”, observa ARMANDO TORRENT<sup>172</sup>.

ULPIANO fala-nos de pactos, cuja proteção o pretor concede se forem feitos sem dolo, não infringirem a lei e não incorrerem em fraude. Este princípio, que foi pensado para os pactos e posteriormente estendido aos contratos, foi reafirmado com particular intensidade no direito canónico medieval e acolhido no direito natural, chegando aos nossos dias com as limitações que o acompanharam. São eloquentes as palavras de ARMANDO TORRENT RUIZ: “*La regla pacta conventa servabo se ha convertido en la Historia de la Jurisprudencia europea en paradigma del*

---

<sup>165</sup> Cf. art. 1535º, nº. 1.

<sup>166</sup> Cf. art. 1536º, nº. 1, al. b).

<sup>167</sup> Cf. art. 1530º.

<sup>168</sup> Nem outra coisa, supomos, refere JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos reais*, cit., pp. 797 e 799, quando observa que “*o direito de superfície tem hoje um significado muito diverso do que tinha no direito romano*”.

<sup>169</sup> D. 2,14,7: “*Ait Praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*”.

<sup>170</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, p. 839, que assinala algum retoque posterior, como a inserção dos *edicta principum* que, na passagem do século I para II, ainda não eram considerados fontes do direito.

<sup>171</sup> Esta época situa-se entre os anos 510 e 27 a.C. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I. Introdução. Fontes, 4ª. ed., Coimbra, 1984, p.41.

<sup>172</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 839.

*honor y protección a los acuerdos lícitos entre particulares que Kelsen situo en la pirâmide de toda su teoria del Derecho*"<sup>173</sup>.

Justifica-se, portanto, que, em breve síntese, comecemos por referir a evolução que pacto e contrato conhecerem no direito romano.

Na época arcaica<sup>174</sup>, o *pactum* teria sido, segundo a doutrina de MANENTI que acolhemos<sup>175</sup>, um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, não formal, através do qual as partes terminavam as suas divergências, restabelecendo a paz; daí a relação entre os vocábulos *pactum*, *pacere* e *pacisci* que significam fazer a paz, como observamos na Lei das XII Tábuas<sup>176</sup>. Sem revestir as formalidades exigidas pelo *ius civile*, o *pactum* não criava *obligationes* e a sua violação não era tutelada: não havia nenhuma *actio (civilis)*.

Todavia, o pretor não deixou de conceder a tutela do seu direito (*ius praetorium*) não através de ações (pretórias), mas por via duma *exceptio pacti*. Ou seja, ao *pactum* começou por ser reconhecida eficácia meramente negativa: servia apenas para paralisar uma ação que, ao arrepio do pacto feito, fosse intentada<sup>177</sup>. É o que observamos no seguinte fragmento de ULPIANO:

D. 2,14,7,4: "... Por conseguinte, o pacto nu não produz obrigação, mas exceção"<sup>178</sup>.

Deste modo, os pactos não se confundiam com os contratos previstos pelo *ius civile*. Ambos manifestavam a vontade das partes, mas enquanto os contratos são acordos típicos<sup>179</sup> reconhecidos pelo direito civil com as correspondentes *actiones*, os pactos não eram reconhecidos por este direito: não criavam *obligationes* nem eram tutelados por *actiones (civiles)*. A sua tutela era dispensada pelo pretor através duma *exceptio pacti*<sup>180</sup>.

---

<sup>173</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 840.

<sup>174</sup> Esta época, que decorre entre os anos 753 e 130 a.C., é o período da formação e do estado rudimentar das instituições jurídicas romanas. É caracteriza-se pela imprecisão. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *ibidem*, p. 44.

<sup>175</sup> Vide MANENTI *apud* ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 836, para quem o conceito de *pactum* é um dos mais discutidos na ciência romanística.

<sup>176</sup> Cf. Lei das XII Tábuas, I,6,7; -8,2. Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., ETET, Turim, 1982, p. 487; ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 394; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - (direito das obrigações)*, cit., p. 143,

<sup>177</sup> Vide demandante que, ao arrepio do que acordara, intentava a ação para o condenar. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 145,

<sup>178</sup> D. 2,14,7,4: "... Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem". Cf. também PS II,14,1.

<sup>179</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, MIRA, S.A., Zaragoza, 1991, pp. 387-388.

<sup>180</sup> Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 395; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 144.

Simplemente, sensível às exigências da sociedade romana, a *iurisprudentia* passou a distinguir: se um pacto fosse realizado no momento dum contrato tutelado por uma ação de boa fé, tal *pactum adietum*, dito *ex continenti*, integrava esse contrato e, portanto, a sua eficácia impunha-se na própria ação; se fosse feito em momento posterior, este pacto, dito *ex intervallo*, só podia ser tutelado em via de exceção<sup>181</sup>. Esta situação ocorria igualmente se o contrato a que se juntasse fosse tutelado por uma *actio stricti iuris*<sup>182</sup>. Ou seja, foi por via das *actiones bonae fidei* que os pactos foram assumindo a função de criar *obligationes*, abrindo-se a via indiferentemente percorrida pelo *contractus* e pelo *pactum*. Mas não só: a ausência de formalismo, que caracteriza os contratos consensuais, reforça o acordo de vontades (*consensus*) como elemento essencial.

A aproximação dos pactos aos contratos está presente em PÉDIO, jurisconsulto romano que viveu nos finais do século I e princípio do século II, ou seja, em plena época clássica central<sup>183</sup>, como observamos no seguinte texto de ULPIANO:

D. 2.14.1.3: “*Convenção é uma palavra geral, que se refere a tudo aquilo em que consentem os que tratam entre si de um negócio cuja causa seja um contrato ou transação, pois assim como se diz que convêm os que chegam e se reúnem num mesmo sítio, procedentes de distintos lugares, assim também se diz dos que, movidos por diversas intenções, consentem em algo; isto é, confluem numa opinião. De tal modo convenção é uma denominação geral que, segundo diz elegantemente Pédio, não há nenhum contrato, nenhuma obrigação que não encerre em si uma convenção, tanto se faça pela entrega de uma coisa como por palavras, pois também a estipulação, que se faz por palavras, é nula se não encerra um consentimento*”<sup>184</sup>.

A referência de ULPIANO a PÉDIO mostra a autenticidade da sua opinião,

---

<sup>181</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, pp. 395-396; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 487.

<sup>182</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 389 e 396.

<sup>183</sup> Esta época decorre entre os anos 30 a.C. e 130 e é considerado o período de mais esplendor e de maior perfeição do direito romano. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (*ius romanum*), cit., p. 47.

<sup>184</sup> D. 2,14,1,3” *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt, nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est”. Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, em *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*. Organizador, Agerson Tabosa Pinto, IMPRECE – Impressora do Ceará Ltda, Fortaleza, 2003, p. 76*

pois não faria sentido que um jurisconsulto (ULPIANO) invocasse outro (PÉDIO) e alterasse a sua opinião. Numa palavra, pelo menos no dealbar do século II, *pactum* e *contractus* têm, em comum, o acordo de vontades<sup>185</sup>; daí, o passo seguinte de, à semelhança, deste, aquele poder criar obrigações tuteladas por ações (*actiones in factum*) embora concedidas pelo *ius praetorium*<sup>186</sup>.

Finalmente, com o reconhecimento legislativo de *pacta* ditos *legitima*, produtores de obrigações civis e tutelados pelo direito civil<sup>187</sup> e com supressão do pretor, a distinção entre pacto e contrato é definitivamente eliminada<sup>188</sup>.

Por isso, o princípio *pacta sunt servanda* elaborado pelos jurisconsultos medievais a partir do princípio romano *pacta conventa servabo* aplica-se perfeitamente aos contratos que, constituindo acordos de vontades das partes, devem ser plenamente cumpridos<sup>189</sup>.

Seria, no entanto, violação grave de valores como a *fides*, a *huamntas* e a *amicitia* que humanizaram o direito romano. Haja em vista que a *fides* conheceu, sucessivamente, o significado de *ter confiança*, *responsabilidade* e *cumprimento fiel da palavra e dos contratos*, ou seja, o *sentimento de lealdade contratual*; que a *humanitas* implica a obrigação de respeitar e valorizar a pessoa humana; e que a *amicitia* percorre vários institutos, como, *v.g.*, o mandato, a gestão de negócios, o depósito e o comodato<sup>190</sup>.

Justificava-se, portanto, que aquele princípio fosse temperado ou limitado em determinadas situações. Sucedeu, *v.g.*, com o *beneficium competentiae*, por virtude do qual a alguns devedores foi reconhecida a faculdade de cumprirem as suas obrigações nos limites da sua capacidade económica<sup>191</sup>. Assim, no clássico

<sup>185</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 389.

<sup>186</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 396.

<sup>187</sup> A doutrina fala do *pactum de dotis* e do *pactum donationis*. Em relação ao primeiro (acordo de constituição de dote), Teodósio II e Valentiniano determinaram, em *constitutio* do ano 428, que a sua eficácia depende apenas das palavras, escritas ou não. Cf. C. 5,11,6. Quanto ao segundo (acordo em que alguém se obriga a fazer uma doação a outra pessoa), no direito justinianeu cria a *obligatio* de cumprir a promessa e é tutelado por *actio (civilis)*. Cf. C. 8,53(54),35,5. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - II (direito das obrigações)*, cit., pp. 144<sup>13</sup> e <sup>152</sup>; ARMANDO TORRENT RUIZ, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 396-397; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 489.

<sup>188</sup> Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 397; e A. BURDESE, *ibidem*, p. 489, para quem, “*caduto l’antico formalismo, ogni convenzione può, con qualche limite, presentarsi como stipulatio, e pertanto viene ormai a risultare priva di significato la massima per cui ex pacto actio non nascitur, benché la si trovi ancor riprodotta nelle fonti giustinianeae*”.

<sup>189</sup> Vide A. BURDESE, *ibidem*, pp. 592-593.

<sup>190</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - I (Parte geral)*, cit., pp. 24-26; e *Manual de direito privado romano*, 2ª. ed., Petrony, Lisboa, 2018, p. 13.

<sup>191</sup> Na época clássica, o *beneficium competentiae* operava no âmbito do processo das fórmulas através da inserção duma *taxatio in id quod (réus) facere potest* na *condemnatio* da fórmula. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 594; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - I (Parte geral)*, cit., pp. 316-319

processo das fórmulas<sup>192</sup>, o pretor ordenava ao juiz que condenasse “*in id quod facere potest*” ou “*in quantum facere potest*”. De entre os casos muito numerosos, destacamos<sup>193</sup>:

- a) se o devedor for demandado para cumprir a promessa de doação, só é condenado no que puder fazer (*in quantum facere potest*)<sup>194</sup>;
- b) se um dos sócios for demandado por não ter cumprido a sua obrigação assumida no contrato de sociedade, a condenação é limitada ao que possa fazer (*in id, quod facere potest*), porque “*a sociedade contém, de certo modo, um direito de fraternidade*”<sup>195</sup>;
- c) se ao marido for pedida a restituição do dote, só deve ser condenado “*in quantum facere possit*”. Do mesmo modo, se for demandado pela mulher por incumprimento de outro contrato, só deve ser condenado “*in quantum facere potest*”. Por motivo de equidade, igual condenação se deve aplicar à mulher demandada pelo marido<sup>196</sup>;
- d) se o *filiusfamilias* contraiu uma dívida – *v.g.*, no âmbito do seu pecúlio – e posteriormente deixou de estar sujeito à *patria potestas* do seu *paterfamilias* – *v.g.*, porque foi emancipado – e foi demandado para a pagar antes de receber a herança, só deve ser condenado “*in quod facere potest*”<sup>197</sup>;
- e) se, no processo executivo, o devedor cedeu aos credores os seus bens (*bonorum cessio*) e depois adquiriu outros bens, os credores podem voltar a demandá-lo. Mas a condenação não deve ultrapassar “*id quod facere potest*”, pois “*seria desumano condenar em tudo quem tinha sido despojado dos seus bens*”<sup>198</sup>;
- f) se o demandado for militar que obteve estipêndios na milícia, a condenação está limitada ao que “*facere potest*”<sup>199</sup>;

Finalmente, o direito justinianeu fixou o princípio de que na condenação “*in id, quod facere possunt*”, deve ter-se em conta a pessoa (do devedor) “*para que não fique em indigência*”<sup>200</sup>.

---

<sup>192</sup> Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 311-331.

<sup>193</sup> Vide A. BURDESE, *ibidem*, pp. 594-595; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 317-318.

<sup>194</sup> Cf. D. 42,1, 19,1

<sup>195</sup> Cf. D. 17,2,63pr.

<sup>196</sup> Cf. D. 52,1,20.

<sup>197</sup> Cf. D. 14,5,2pr.

<sup>198</sup> Cf. I. 4,6,40.

<sup>199</sup> Cf. D. 42,1,6pr.

<sup>200</sup> Cf. D. 50,17,173pr.

Em conclusão, o princípio romano *pacta conventa servabo* foi suavizado em situações nas quais a *iusprudentia* entendia dever proteger o condenado, afastando a execução de todos os seus bens e, deste modo, assegurar a sua sobrevivência com alguma dignidade.

## 2. Direito português

O princípio *pacta sunt servanda*, versão medieval do princípio romano *pacta conventa servabo*, foi acolhido nas Escolas de Glosadores e Comentadores com especial simpatia, afirmando-se, *v.g.*, nas Decretais de Gregório IX, que a violação dum promessa constituía pecado: é *peccatum* não respeitar a palavra dada<sup>201</sup>. E, embora sem a consideração pecaminosa, a Escola do Direito Natural, deu-lhe uma base moral<sup>202</sup>.

Não surpreende, por isso, que, acolhido como regra pelo direito canónico e pelo direito natural, aquele princípio encontrasse um ambiente favorável à sua perpetuação nas diversas legislações.

Em Portugal, fortemente influenciado pelo direito canónico, pode afirmar-se que se impôs a sua receção juntamente com os limites que a dignidade humana impunha. Note-se que, nas nossas Ordenações, o direito canónico afastava as soluções pecaminosas do direito romano<sup>203</sup>.

No século XVIII, depois de ter ensinado que “*hoje não há diferença nenhuma entre pactos e contratos*”<sup>204</sup>, de referir que “*hoje não se dá lugar ao arrependimento nem nos pactos nem nos contratos inominados, porquanto aquele que prometeu dar ou fazer alguma coisa obriga-se a cumprir*”<sup>205</sup> e de observar que “*as obrigações dissolvem-se de muitos modos, o principal dos quais é o pagamento*”<sup>206</sup>, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE fala-nos do *beneficium competentiae* e dos *rescritos moratórios*.

Em virtude deste *beneficium*, “*determinados devedores não são obrigados acima das suas faculdades, devendo-se deixar-lhes dos bens executados o bastante para as suas necessidades vitais a fixar conforme a qualidade do devedor pelo arbítrio do juiz*”. Refere ainda que “*este benefício é atribuído, segundo os costumes, não só aos pais, filhos, irmãos, sócios, etc. que o direito romano recorda (...), mas também a outros como os clérigos apenas constituídos em ordens sacras ou possuidores de benefícios eclesiásticos,*

---

<sup>201</sup> Vide JOHANNES BÄRMANN, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensual*, na *Revue Internationale de Droit Comparé*, 13, Paris, 1961. p. 34.

<sup>202</sup> Vide JOHANNES BÄRMANN, *ibidem*, p. 44.

<sup>203</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 345.

<sup>204</sup> Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, VI, no BMJ 168, 1967, p. 43.

<sup>205</sup> Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *ibidem*, p. 44.

<sup>206</sup> Voltamos a transcrever PASCOAL JOSÉ DE MELO, *ibidem*, p. 99.

os nobres, doutores, magistrados, universidades, igrejas, mosteiros e os corpos ou colégios aos quais se devem destinar certos bens para refeição dos edifícios públicos e pagamento dos salários dos administradores e criados". E nota que "o benefício de competência já não se pode dizer um benefício, isto é, um privilégio concedido apenas a certas pessoas, mas um direito comum a todos". A extensão deste privilégio explica-se por nos encontrarmos numa época marcada pela influência do direito natural<sup>207</sup> que desde cedo o acolheu com a maior simpatia.

Em relação aos rescritos moratórios, MELO FREIRE observa que "estão em uso as chamadas cartas de respiração, ou moratórias", que, citando, BOEHMERO, "não são outra coisa senão um benefício que o Príncipe concede aos devedores, criados de dívidas por falta de sorte e não por sua culpa, para que nada se lhes peça dentro de determinado espaço de tempo". Esta matéria, que configura um instituto que o direito português acolheu desde os primeiros tempos<sup>208</sup>, mostra a preocupação humanitária de proteger determinados devedores aos quais é concedida a extensão do espaço de tempo. Trata-se apenas de devedores que, nas palavras de MELO FREIRE, "são dignos de compaixão" e desde que concorram as seguintes condições: 1) a extensão do tempo não deve ultrapassar cinco anos (fala-se de tempo "honesto e razoado")<sup>209</sup>; 2) não deve ser concedido mais de uma vez; 3) são contemplados os devedores pobres que não podem pagar até ao dia aprazado por carência de meios e os que "perderam a fazenda por desfavor da sorte e não por culpa sua"; 4) os devedores contemplados devem ter "alguma esperança de que venham a criar outra economia em que possam, com engenho, trabalho e moderação de despesas, restaurar o património perdido"; 5) devem garantir o pagamento da dívida com fiança ou penhor no novo prazo<sup>210</sup>. E MELO FREIRE termina, referindo que "a carta de espaço do tempo ou graça d'el Rei só pode ser admitida por justas e gravíssimas causas (...) E a razão é porque fere os direitos dos credores, e contraria a boa fé dos contratos, que é a coisa mais sagrada entre os homens". E fala, ainda, como causa comum digna do maior favor, "o ataque do inimigo, uma grande esterilidade dos campos" e o devedor que "se ausenta em serviço da República ou por ela vai combater em terra ou mar"<sup>211</sup>. De novo nos encontramos sob a influência do direito natural que, como já referimos, domina a época ilumi-

---

<sup>207</sup> Recordamos que PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE foi, nas palavras de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cif., p. 416 "o mais destacado executor das novas orientações" acolhidas nas reformas pombalinas marcadas pela *recta ratio* jusnaturalista. Vide também as pp. 400-420; e A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, 2005, pp. 47-54.

<sup>208</sup> Está consagrado nas sucessivas Ordenações: Afonsinas, 3,111; Manuelinas, 3, 79 e 80; e Filipinas, 3, 37 e 38.

<sup>209</sup> Cf. Ord. Filipinas, 3,37.

<sup>210</sup> Cf. Ord. Filipinas, 3,37pr.

<sup>211</sup> Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, cit., pp. 105-107.

nista em que PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE desenvolveu a sua atividade de jurisconsulto brilhante. Importa, no entanto, distinguir: enquanto o *beneficium competentiae* se traduz na diminuição da dívida para proteger a sobrevivência do devedor, as *cartas de respiração* são simples moratórias e, portanto, só dilatam o prazo para o devedor, a quem são concedidas, pagar a sua dívida.

Todavia, os tempos mudaram e à época do direito natural racionalista sucedeu a época do individualismo (político, jurídico, económico) que se impôs na sequência de Revolução liberal de 1820<sup>212</sup>. O homem, que *nasce dotado de certos direitos naturais e inalienáveis*”, encontra no Estado “o promotor e defensor dos seus direitos individuais e originários”<sup>213</sup>

Fiel às ideias do seu tempo, o Código Civil de Seabra “gravita em torno do sujeito ativo da relação jurídica”, tomando-se “por base a diretriz, então dominante, segundo a qual cada um trata de si, contanto que deixa salva a liberdade dos outros”<sup>214</sup>. Não surpreende, por isso, que tenha consagrado o princípio segundo o qual “os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes, salvo as exceções especificadas na lei”<sup>215</sup>.

No século XX, marcado por uma sociedade menos individualista e mais social, esperar-se-ia que o Código Civil de 1966, que acolheu a nova tendência social do direito<sup>216</sup>, recuperasse a velha figura do *beneficium competentiae*. Todavia, o Código excluiu-a<sup>217</sup>, optando pela exigência da realização integral da prestação<sup>218</sup>, embora com desvios à regra clássica *pacta sunt servanda* que se traduzem em violações da estabilidade contratual que podem resultar da vontade das partes, de uma providência legislativa e da intervenção judicial<sup>219</sup>. Merece destaque o instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias que atribui “à parte lesada por alteração anormal das circunstâncias que a levaram a contratar o direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, “desde que a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios

<sup>212</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 431.

<sup>213</sup> Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 431.

<sup>214</sup> Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 479-481.

<sup>215</sup> Cf. art. 702º.

<sup>216</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., pp. 534

<sup>217</sup> Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11ª. ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 996.

<sup>218</sup> Cf. art. 763º., nº. 1. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 995-999.

<sup>219</sup> Cf. art. 406º., nº. 2. Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 316, para quem “os tribunais interferem, neste caso, ou com um fim supletivo (ex.: art. 777º., nºs. 2 e 3), ou corretivamente (ex.: arts. 283º. e 812º.)”.

do contrato<sup>220</sup>.

Em conclusão, o princípio *pacta sunt servanda* que os juristas medievais elaboraram com base nas fontes romanas que o consagram o princípio *pacta conventa servabo* persiste, no direito português atual, sem as limitações que, quer no direito romano, quer no nosso direito até ao século XVIII, o temperavam com a *humanitas* que afastava a execução total dos bens de um devedor, reservando-lhe uma parte para sobreviver.

---

<sup>220</sup> Cf. art. 437º, n.º 1. Sobre os desvios ao princípio da estabilidade dos contratos e a resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 316, 317-322 e 323-349.