Universidades Lusíada

Ferreira, Vítor Augusto Lima

A propriedade e limites

http://hdl.handle.net/11067/6438

Metadados

Data de Publicação 2021

Resumo Expõe-se os mais relevantes aspetos do direito de propriedade, evolução histórica, e limites. Carateriza-se a propriedade como conceito vivo e vigoroso e em constante mutação pois a sua essência radica aquém do jurídico e corporiza realidade social de mundividência adaptativa, tal como resulta da definição de Bártolo. O convite é, também, a uma breve reflexão sobre o domínio natural e material da coisa, em prisma pré-jurídico, no início dos tempos, pois a propriedade só pode ser compreendida p...

he most relevant aspects of property rights, their historical evolution, and limits will be exposed. Property is characterized as a living, vigorous and constantly changing concept, as its essence lies below the legal and embodies the social reality of adaptive worldliving, as it results from Bártolo's definition. The invitation is also for a brief reflection on the natural and material domain of the thing, in a pre-juridical prism, at the beginning of time, because the property can only be un...

Palavras Chave Direito, Direito de propriedade, Propriedade privada, Propriedade - Restrições - Limites

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-29T23:05:58Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

"A PROPRIEDADE E LIMITES"

Vítor Lima Ferreira

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

Porto, 2021

Agradecimentos

À Ana pelo *carinho de todos os dias*.

_____

Ao Senhor PROFESSOR ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO.

É minha intenção expressar a minha gratidão pelo verdadeiro privilégio de ter acedido a tão sábia e generosa orientação. Um verdadeiro privilégio.

_____

Índice

Agradecimentos ……II
Índice ……..……..III
Resumo …….……V
Abstrakt ……VI
Palavras chave……...……VII
Recordo um anjo …… VIII
Lista de abreviaturas……..……IX
1. Introdução ……...…….. 1
2. Perspetiva conceptual e histórica……...……..…. 4
2.1 A propriedade nas civilizações contemporâneas a Roma ..……12
3 A propriedade romana (*considerações gerais, prévias e introdutórias*)….*3*3
3.1. Prévio…….……..……...…….……...33
3.2 Características da propriedade romana. …….……...37
3.3 Natureza da propriedade romana ……..……...……..…..40
3.4 Formas de propriedade romana…….……....48
3.5 Limitações ao direito de propriedade romana……...…57
4. A evolução da propriedade no nosso País…….……71
5. A atual conceção de propriedade privada ……...…….....84
5.1 A (in)definição de propriedade …….…….....87
5.2 Caraterísticas …….…….....89
5.3 Matriz Jurídica da propriedade privada …….. .92
6. A indeterminação do direito de propriedade……...…..…100
6.1 As restrições da propriedade (figuras afins) ..……... 104
6.2 Nacionalização…….…….…….. 108
6.3 Expropriação…….…….....114
6.4 Distinção entre nacionalização e expropriação ……..……121
7. Limites ao direito de propriedade …….……....122
7.1 Limitações (essencialmente) por razões de ordem pública.....124
7.1.1 Requisição ……...125
7.1.2 O *Ius aedificandi* (faculdade de construção licenciada)..130
7.1.3 Servidões administrativas …….…. 136

7.1.4 O fracionamento 141
7.1.5 O emparcelamento integral 146
7.1.6 Atravessadouros 148
7.2 Direito de vizinhança 152
7.2.1 As escavações 157
7.2.2 Escoamento natural de águas 158
7.2.3 Obras defensivas de águas 161
7.2.4 Plantação de árvores e arbustos 162
7.2.5 Apanha de frutos 164
7.2.6 Passagem forçada momentânea 165
7.2.7 O direito de demarcação e de tapagem 167
7.2.8 O dever de limpeza dos terrenos 169
7.2.9 Construções e edificações 170
7.2.10 Estilicídio.....172
7.2.11. Instalações prejudiciais 172
7.2.12 Os fumos e ruídos 174
7.2.13. Ruínas de construção 176
8 A propriedade dos animais 178
8.1 Ponto de ordem *prévio*..... 179
8.2 A natureza jurídico-real dos animais 180
8.2.1 A coisa *sensível* animal 182
8.3 A expressão, os "direitos dos animais" 189
8.4 As limitações ao direito de propriedade animal 195
8.4.1 Limites supranacionais 199
8.4.2 Limites de ordem penal 200
8.4.3 Animais de companhia 203
8.5 A posição do Professor Meneses Cordeiro (critica)..... 206
8.6 Os limites da proteção animal (tomada de posição) 210
9. Os limites de ordem social ao direito de propriedade ... .218
10. Conclusões..... 237
11. Bibliografia 240

RESUMO

Expõe-se os mais relevantes aspetos do direito de propriedade, evolução histórica, e limites.

Carateriza-se a propriedade como conceito *vivo e vigoroso* e em constante mutação pois a sua essência radica aquém do jurídico e corporiza realidade social de mundividência adaptativa, tal como resulta da definição de Bártolo.

O convite é, também, a uma breve reflexão sobre o domínio natural e material da coisa, em prisma pré-jurídico, no início dos tempos, pois a propriedade só pode ser compreendida por quem conheça a sua evolução.

Naturalmente que a origem do *conceito* normativo de propriedade será, assim, perscrutável nas civilizações antigas contemporâneas à civilização romana. Destas, dada a sua importância, expõem-se em traços fundamentais dos respetivos regimes jurídicos (antigas civilizações egípcia, mesopotâmica, hebraica e grega e, naturalmente, a civilização romana).

A propriedade privada é, e sempre foi, limitada por razões de ordem privada, pública, social e até mistas, com inevitável referência critica aos limites resultantes dos atuais regimes da propriedade sobre os animais, a "*Res sui generis*."

Por fim uma proposta diversa à pretendida função social da propriedade privada, percebendo os naturais limites ao desfrute, mas de ordem social. Esclarecendo que o proprietário deve gozar a coisa até aos limites da função económica, limites situados na fronteira do socialmente razoável, tanto mais que a apropriação da propriedade privada em função do desfrute social está, efetivamente, prevista na lei e corporiza-se nas formas de restrição à propriedade.

Coisa diversa, e que não se acompanha, será afirmar a função social da propriedade privada.

ABSTRAKT

The most relevant aspects of property rights, their historical evolution, and limits will be exposed.

Property is characterized as a living, vigorous and constantly changing concept, as its essence lies below the legal and embodies the social reality of adaptive world-living, as it results from Bártolo's definition.

The invitation is also for a brief reflection on the natural and material domain of the thing, in a pre-juridical prism, at the beginning of time, because the property can only be understood by those who know its evolution.

Naturally, the origin of the normative concept of property will thus be presumable in ancient and contemporary civilizations to the Roman civilization. Of these, given their importance, they are exposed in fundamental features of the respective legal regimes (ancient civilizations: Egyptian, Mesopotamian, Hebrew, Greek and, of course, Roman civilization).

Private property is, and always has been, limited for reasons of private, public, social and even mixed reasons, with inevitable critical reference to the limits resulting from the current regimes of property over animals, the "Res sui generis. "

Finally, a proposal, different from the intended social function of private property, realizing the natural limits to enjoyment, but of a social order. Clarifying that the owner must enjoy the thing to the limits of the economic function, limits situated on the border of the socially reasonable, especially since the appropriation of private property in terms of social enjoyment is effectively predicted by law and is embodied in the forms of restriction of ownership.

A different thing from affirming the social function of private property

Recordo um Anjo, *um Sacerdote e um homem que nunca desistiam, talhados em generosidade incondicional.*

Conselheiros atentos, meus defensores gigantes … tantas vezes; amigos verdadeiros, frontais, espartanos (mas carinhosos), sábios (mas humildes); fez-me (-nos e a tantos!) *perceber o real valor da vida, da disciplina, do respeito, da humildade e da tolerância.*

Recordo um Anjo protetor … ***não o esqueço Padre JOAQUIM AGUIAR*** *(1915-2004).*

O Magnifico Diretor do Colégio Universitário PIO XII.

Palavras-chave

Propriedade; Propriedade Hebraica; Propriedade do antigo Egito; Propriedade Mesopotâmica; Propriedade na Grécia antiga; Direito Romano, Propriedade Romana; Restrições à Propriedade; Limites à Propriedade; Coisa sensível, Propriedade Animal; Função Social da Propriedade.

Lista de abreviaturas

Ac.- Acórdão

Art.- Artigo

Art.s.- Artigos

Al. - Alinea

CC- Código Civil

CP- Código Penal

Cfr. – Conforme

CPC – Código de Processo Civil

DL- Decreto-Lei

Ex - Exemplo

pp.- Páginas

P.- Página

PDM- Plano Diretor Municipal

RJUE – Regime Jurídico Urbanizações e edificações

Ed.- Edição

Ss.- Seguintes

LS- Lei dos solos

LX- Lisboa

Nº- Número

Proc.- Processo

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TR- Tribunal da Relação

CRP- Constituição da República Portuguesa

I – Introdução.

Propomo-nos expor alguns aspetos relativos ao direito de propriedade.

Numa primeira fase ter-se-á em conta a evolução do conceito e suas limitações desde os *tempos antigos*, com especial enfoque nos limites aos poderes do proprietário.

Ninguém conhece a origem da propriedade. Atualmente percebemos as suas caraterísticas como resultado das conceções dos jurisconsultos romanos. Trata-se de um instituto extraordinariamente multifacetado, devendo ser caraterizado e percebido como instituto "vivo e vigoroso", em mutação constante. A sua essência radica aquém do jurídico e corporiza realidade social adaptativa e de mundividência (eminentemente prática).

A propriedade não *se deixa* definir; é resultado da atividade humana, prática e real. Não pode, pois, ser concebida como ideal filosófico ou subsumível a qualquer conceito ideológico-formal alheio à realidade *mundana* (de todos); corresponderá, assim, ao que é percebida por todos e não (só) por alguns. Não acompanho teorizações ideológicas, políticas ou de especial sensibilidade (de grupo restrito) ou ideários futuristas que se afastem da conceção da propriedade como um conceito determinado pela concreta e efetiva prática generalizada e social do nosso povo.

A propriedade privada é sinónimo de riqueza pois corresponde ao *fruto* do trabalho *dos homens*.

O presente estudo não evoluirá em *derivação(ões)* ideológico-cognitiva(s). Far-se-á, no entanto, referência (breve) às origens históricas daquelas caraterísticas da propriedade privada que se apresentam social e culturalmente enraizadas; sem se perceber bem porquê, porque as reputamos como adquiridas, como verdades e evidências inquestionáveis. Em concreto; refiro-me à origem e às primeiras manifestações da conformação do *pacto social* propriedade; da *legitimação histórica dos poderes do proprietário*, em especial o poder de disposição; d*a perceção do direito fundamental* à propriedade privada; (por fim) refiro-me à origem da mensagem filosófico-social que determinou as *limitações à propriedade privada* como necessárias e universais.

A intenção será a breve análise do direito de propriedade, com uma especial e respeitosa crítica a algumas conceções atuais que, entendo, se afastam da

razoabilidade. Em especial no que tange à chamada função social da propriedade, bem como à atual proposta legislativa (2017) de concetualização da *coisa sensível*.

Pretende-se o adequado e prático entendimento do direito de propriedade, sua justificação e interpretação evolutiva, compreendendo-a como *fruto do seu tempo*. Mas tendo sempre presente o que a carateriza e determina, a *prática* generalizada.

É a prática generalizada, só esta, que deve corporizar a fórmula legal (artigo 1305º do Código Civil).

Na evolução social e ideológica, mas generalizada, qualquer que seja o conceito, percebemos o *balizamento* social vigente em determinada altura e local como *ação*, que *em tempo (social)* imediatamente posterior, determinará a respetiva *reação* social[1] em ajuste que não tem fim; refiro o *regime* das clivagens e contra clivagens sociais que resultam da fórmula aberta e negativa de Bártolo, "*dentro dos limites da lei*".

Com intuito finalista; e porque entendo o conhecimento como global e em inevitável interação, devendo complementar-se com os diversos *saberes* (sociais, económicos e tantos outros) afasto-me de conceções positivo-legalistas[2] *da jurisprudência dos conceitos*[3], pois as *considerações de caráter ético, político ou económico* são e devem ser assuntos *de juristas enquanto tais*. Só desta forma se poderá compreender para posteriormente regular a realidade (que, porque apreendida pelos sentidos *de todos* os humanos, por natureza, um conceito social). Só percebendo a realidade comum a todos, com a simplicidade do natural e expurgada

---

[1] Seymour Martin e Stein Rokkan, *Estruturas de Clivagem, sistemas partidários e alinhamentos de eleitores. Consenso e Conflito*, Editora Gradiva, Lisboa, 1992, pp. 161-259.

[2] Refiro-me às conceções positivo-legalistas da escola da jurisprudência dos conceitos de Pucha, Ihering, Bernhard Windscheid, Binding, Wach e Kohler, do século XIX. Esta corrente percebia o direito como um sistema de conceitos, sem lacunas, concebido em sistema piramidal. Na base estariam os conceitos gerais. Ideologicamente situada entre o jus-naturalismo e o positivismo. O direito corresponderia a unidade cognitiva ou racional, autojustificada e estanque, em lógica normativa que seria completa e hermética. Paula Maria Nasser Cury e António Costa, *uma releitura da escola da jurisprudência dos conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo*, *in* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo -SP- nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, disponível na internet em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/ .

[3] Ao conceber a lei como conceito hermético e fechado, não admitindo lacunas, recusando verdades *além conceito jurídico* e desprezando os demais saberes científicos, esta corrente jurídica afasta a decisão da realidade e, por tal, da justiça. Determina o reinado da teorização formal, despreza o imprevisto que Aristóteles previu sob a forma da *equidade.*

de *fantásticas* teorias gerais e elaboradas construções teóricas, se poderá regular a propriedade de forma *escorreita*.

No que tange ao *instituto* (a solução de direito romano) afigura-se imprescindível conhecer as conceções que historicamente o influenciaram. Refiro-me às civilizações suas contemporâneas. Só desta forma será possível perceber (verdadeiramente) o atual conceito jurídico. A forma como as civilizações da antiguidade se inter influenciaram, como umas e outras se doutrinaram. Urge perceber como as filosofias de vida, própria a cada um dos povos antigos, impuseram alterações às primitivas conceções de apreensão individual e privada sobre a coisa.

Não menos importante será conhecer os *tempos* em que terá surgido tal desfrute privado. Os povos que o conformaram e as tensões sociais que contribuíram à atual caraterização do conceito. Em suma; perceber a origem do aglutinado de caraterísticas que se *mostrou* ao ocidente, já na fórmula final, pela *lavra* do instituto romano.

Acompanho o pulsar daqueles que, como LEWIS HENRY MORGAN [4], identificam a propriedade com a riqueza e assinala que o progresso da humanidade deverá sustentar-se tanto na lei como na limitação da riqueza.

A distinção entre propriedade privada e a pública deve ser clara. Bem como as formas que determinam a sua apropriação e integração no domínio público; será "encargo" da propriedade pública qualquer função social. Impondo-se a perceção da diferença entre as limitações ao direito de propriedade, em sentido geral e, as estritas formas da sua restrição, tal como resulta da nacionalização e da expropriação. Estas duas figuras jurídicas graves não pertencem ao direito privado, não se podendo legitimar nele. *Navegam em águas* de justificação diversa da *ratio* clara do direito civil.

---

[4] Nas palavras de HENRY MORGAN; *"desde o advento da civilização chegou a ser tão grande o aumento da riqueza, assumindo formas tão variadas, de aplicação tão extensa e tão habilmente administrada no interesse dos seus possuidores, que ela, a riqueza, transformou-se numa força incontrolável oposta ao povo. A inteligência humana vê-se impotente e desnorteada diante de sua própria criação. Contudo, chegará um tempo em que a razão será suficientemente forte para dominar a riqueza e fixar as relações do Estado com a propriedade que ele protege e os limites aos direitos dos proprietários. A simples caça à riqueza não é a finalidade; o destino da humanidade, a menos que o progresso deixe de ser a lei no futuro, como tem sido no passado".* LEWIS HENRY MORGAN *A sociedade antiga.* Edições Zahar, S. Paulo, 2014, p, 20.

A propriedade titulada pelo individuo ou pelo coletivo social é distinta, só a primeira será privada, só a primeira será limitada, nada mais simples.

Percebendo-se a riqueza privada como fruto da produção e da acumulação, próprias da gestão e prudência do proprietário privado (não se alcançam tais virtudes na propriedade coletiva ou pública, invariavelmente caracterizada pelo costumeiro desperdício).

2 – Perspetiva conceptual e histórica *(brevíssima).*

(***Conceptual***)

Prévia e breve reflexão sobre o conceito de domínio natural sobre a coisa.

Cumpre perceber a evolução da apreensão (ancestral) sobre a coisa, no itinerário que a determinou em via a um verdadeiro direito; mas em prisma pré-jurídico ao conceito de propriedade privada.

Reitera-se; em prisma pré-jurídico. Esta reflexão sustenta-se, no essencial, na distinção entre a apropriação (da coisa) e a propriedade (sobre a mesma). Isto é, percebendo a apropriação como distinta de propriedade.

A propriedade corresponde, "na origem", a um *pacto social*; consciente ou inconsciente, expresso ou tácito, mas em resultado do qual se legitimou a apreensão e desfrute da coisa, respeitado por todos os demais.

Questiono-me se terá existido um tempo em que o homem não conheceu os *trabalhos* próprios à sua subsistência ou à propriedade privada que a garantisse (?), aqueles tempos em que, nas palavras de LEONOR PEREIRA; [5] "*a sociedade natural nascente (...)* [que] *corresponde àquela idade na qual; «l'homme individuel voudrait s'arrêter». (...)* [em que o homem] *não conhece a propriedade privada nem a divisão do trabalho ".* Creio que tal tempo nunca existiu [6].

Como já referido; originária e naturalmente, o conceito de "*meu"* encontrou o seu limite natural na capacidade (na força) de cada um impor o seu (próprio) e

---

[5] Ana Leonor Pereira, *Do Jogo Natural ao Jugo Social* – O Sagrado e o Profano, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1987, p. 392.

[6]Esse tempo teria como condição a racionalidade que sabemos ser fruto da evolução da nossa espécie, que o homem não possuía nas suas formas primárias. Trata-se, afinal, de definir o homem. O que nominamos e sempre se determinou pela "racionalização" das suas formas de subsistência, ou seja, pela acumulação do alimento.

efetivo domínio sobre a coisa aos demais. A primeira expressão daquele conceito que atualmente nominamos de propriedade, não terá surgido do conceito de "*meu" (força),* mas sim do conceito "*de ele" (direito).*

O conceito isolado de "meu" expressa a simples apreensão da coisa; aquela que pode ser oculta, ou não, mas que corresponde à expressão da *força* que permite a apreensão e não ao *direito* que a legitima[7].

O conceito de propriedade será incindível de direito; inconciliável com a força da apreensão ilegítima. Aquela apreensão que o direito não irá legitimar não pode ser denominado de propriedade.

O reconhecimento social da coisa que é "*de ele*", esse (sim) é o que corresponde à expressão do direito e resulta do *pacto social*. O direito por via do qual se logra e legítima o desfrute da coisa por cada um de nós, sabendo que todos se devem abster por forma a não o perturbar.

Percebe-se que a coisa minha, o "*meu*", só o será porque os demais assim o determinam e permitem. Ou seja, a propriedade será o que é por todos reconhecido e aceite como a coisa "*de ele"*.

A propriedade privada corresponde a (e legitima-se como um) *pacto social*[8] (socialmente) inato, até tácito, só perscrutável na *profundeza dos tempos* mais antigos

---

[7] Mas a força, tal como a vaidade, o orgulho e outras derivações do pior que "*há em nós*" é, em si, efémera; nas palavras de JEAN JACQUES ROUSSEAU; "*O mais forte não é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar a sua força em direito e a obediência em dever* "Rousseau, *O contrato Social,* (tradução de António de Pádua Danesi) Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999, p, 12.

[8] *Vide infra* nota 235; nas palavras de JEAN JACQUES ROUSSEAU; *eu imagino os homens chegado aquele ponto em que aqueles obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado natural" (...) em que aquele estado natural já não se pode manter, que determinaria a extinção do próprio ser humano se não mudasse a sua maneira de ser. Como não é possível, ao ser humano, gerar novas forças, apenas uni-las, dirigindo as existentes, não lhe resta outra solução que não seja a sua agregação, uma soma de forças* (…) *agindo de mútuo acordo* (…) *sendo a força e a liberdade do homem os primeiros instrumentos da sua conservação, (...) como as empregará ele sem se prejudicar?* (…) *esta dificuldade* (…) *pode ser enunciada nos seguintes termos. Encontrar uma forma de associação que o defenda e proteja (...) as pessoas e os bens de cada associado e, pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo e, permaneça tão livre como anteriormente. É este o problema fundamental que encontra solução no pacto social. As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria vãs e sem efeito algum (...) apesar de jamais terem sido formalmente anunciadas, são as mesmas em toda a parte; em toda a parte são tacitamente admitidas e reconhecidas "até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou (...)* ***enfim, cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém e como não existe um associado sobre o qual se adquire o mesmo direito que lhe***

e resulta daquele momento histórico em que o homem percebeu que a força social é incomensuravelmente maior e mais justa que a individual. Isto é, aquele momento em que pressentiu (ainda que sem verdadeiramente perceber) a importância do conceito de segurança jurídica. Aquele momento em que compreendeu que a segurança jurídica impõe a singela e incontornável verdade; que o respeito e salvaguarda da coisa "*de ele*" corresponde, afinal, à única via que permite o respeito, imposto por todos, ao desfrute da coisa própria.

(Perspetiva histórica *- brevíssima).*

Também *na antiguidade*[9] o uso exclusivo da coisa correspondeu ao respeito do grupo pela *coisa* privada.

Este *direito* que reconhece a propriedade sobre determinada coisa instituiu o *pacto social* que conferiu segurança ao gozo individual, mesmo nos grupos de gentes mais primitivas[10].

Estas gentes *primitivas*[11] também instituíram regras que regulavam a vida em comum. As mais importantes estariam, certamente, reservadas às que dispunham

---

foi cedido, ganha-se o equivalente de tudo o que se pode perder e a maior força para se conservar o que se tem" [esta transcrição apresenta, (impostas pelo autor) pequenas alterações na estrutura das frases apresentadas pela tradução, sendo literal apenas a que se encontra entre aspas] Rousseau, *O contrato Social*, (tradução de António de Pádua Danesi) Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp, 21-25.

[9] A *antiguidade* corresponde aquela época que as ciências da investigação histórica convencionaram com "início da escrita" (entre 4000 a. C e 3.500 a. C) até à queda do império romano do Ocidente 476 d. C. Foi antecedido pelo período da *pré-história* e após a *antiguidade* teve lugar o período da *idade média.* A *idade média, ou medieval* teria o seu termo no século XV, sucedendo-lhe a *idade moderna*.

[10]Nas palavras de JOSÉ MANUEL SACADURA ROCHA; "*todo o grupo humano produz algum tipo de direito, mesmo primitivo*" Sacadura Rocha, *História do Direito no Ocidente*, Edições Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 35.

[11] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "c*omo qualquer direito de um povo* (…) *é, um conjunto de normas ou regras de caráter social*(...) *e todos os povos possuíram e possuem as suas normas* (…) *o homem é, simultaneamente, um ser livre e um ser sociável (…) tem uma necessidade natural (inata) de conviver, viver em sociedade* (…) *para que da existência de seres livres em sociedade resulte uma convivência pacífica, uma convivência ordenada, é preciso que haja sempre regras que, por um lado a cada indivíduo proíbam os abusos da liberdade* (…) *todos os povos, por mais rudimentar que se manifeste a sua cultura ou por mais primitivos que se nos apresentem os seus costumes (hábitos, praxes ou tradições), sempre tiveram e têm algumas normas reguladoras de convivência entre as pessoas.*" *Sebastião da Cruz, IUS. Derectum (Directum)- HVMANITAS – Direito Romano*, vols. XXIII e XXIV, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Clássicos, Coimbra,1984, pp, 9-10.

sobre o gozo das coisas. Fundavam-se nos temores e constrangimentos de ordem religiosa, acompanhadas de imperativos reflexos de segurança *jurídica,* intuído no que é *justo*.

A nossa referência inicial e *natural* é a conceção de propriedade construída pelo direito romano. É nesta época histórica que foi teorizada e integralmente percebida.

Há quem se refira às conceções de direito romano, também de propriedade, como "conceções antigas". Não acompanho esta visão, considero que, bem pelo contrário, as soluções jurídicas romanas são absolutamente atuais. Acredito que sem as conhecermos (e apesar de se conhecerem as regras positivadas) não poderemos, verdadeiramente, perceber o nosso direito, "*sem as conhecermos não saberemos de onde vimos nem para onde vamos"*[12].

Percebo as conceções romanas, também da propriedade, como o nosso *direito base*[13].

O nosso *direito base* foi, naturalmente, influenciado pelas civilizações suas contemporâneas, sobre tudo na época arcaico nacionalista.

Em brevíssimo enquadramento prévio; far-se-á alusão às civilizações que terão influenciado aquela que viria a ser conhecida como realidade conceptual humana nominada de propriedade.[14]

Refiro-me ao instituto[15], à propriedade romana e à sua fórmula final, a *proprietas*; também e, em especial, aos conceitos que determinaram a sua evolução até aos nossos dias.

---

[12] Para completo e cabal esclarecimento do sentido e real dimensão desta expressão *vide* "*Atualidade e Utilidade Dos Estudos Romanísticos*" SEBASTIÃO DA CRUZ, 3ª edição, Reimpressão, Coimbra, 1985, pp, 3-31.

[13] "*Direito base"*, expressão que usarei como sinónimo de direito romano, em sentido lato; o nosso direito sustenta-se nas conceções de direito romano.

[14] Definida pelos jurisconsultos romanos, o instituto, a "*proprietas*".

[15] O termo "*Instituto*"; "*o instituto da propriedade*" (e outros) porque previsto nas instituições; nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*constituem um manual elementar de direito romano destinado a estudantes que iniciam o estudo do Direito* (…) *O seu plano, que se inspirou nas instituições de GAIUS, divide a matéria em 3 grupos: pessoas, coisas e ações. compreende 4 livros, que se dividem em títulos e estes em parágrafos*", António Dos Santos Justo. *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021, p, 40; nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*INSTITUTIONES - estão divididas em 4 livros; os livros estão divididos em títulos e os títulos em parágrafos. (...) A palavra «INSTITUTIONES» vem de "instituere", que significa precisamente instruir, educar, iniciar uma certa disciplina*." Sebastião Da Cruz, *IUS. Derectum (Directum)*- HVMANITAS – Direito Romano, vols. XXIII e XXIV, 1984, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Clássicos, 1984, p, 36.

Não se olvida a advertência; nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [16] (citando VOLTERRA) "*importa, com efeito, não atribuir a factos particulares um valor absoluto e, em consequência, ver nas normas e nos institutos de um ordenamento jurídico antigo manifestações não de um Direito universal da antiguidade, mas de um povo determinado e de uma época concreta".* Acredito, no entanto, que todos contribuíram à formação daquele que viria a conformar-se no conceito moderno de propriedade.

---

[16] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica,* 26, Coimbra Editora, 1997, p, 19 ; Este autor prossegue expondo as três teorias relevantes sobre a origem da propriedade, (Bonfante, De Visscher e Kaser), nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*segundo BONFANTE, inicialmente só teriam existido propriedades coletivas sobre res mancipi, tituladas por grupos políticos anteriores à formação da civitas: as gentes* (…) *com a afirmação do Estado Cidade e a consequente desagregação das gentes, a propriedade tornou-se familiar (agora concentrada no paterfamilias) e acabou por adquirir um caráter individual, embora se mantivesse restrita à res mancipi até ao final da República (...) DE VISSCHER entende que inicialmente não houve uma verdadeira propriedade. O paterfamilias gozava de um poder (imperium) doméstico que se manifestava na potestas, na manus e no mancipium, sendo este último um poder sobre pessoas livres e também sobre res adquiridas por mancipatio. Mais tarde, este poder de inspiração familiar ter-se-á transformado em verdadeira propriedade, embora limitada às res mancipi, também denominadas no seu conjunto família devido à sua proveniência familiar. As restantes coisas foram designadas res nec mancipi e, na sua globalidade, pecúnia. Provavelmente nos últimos tempos da República, terá surgido o conceito dominium que, tendo valor patrimonial, pouco a pouco foi atraindo todas as res patrimoniais antes compreendidas no mancipium. Em consequência, este vocábulo acabou por ser substituído por dominium, continuando a utilizar-se, apenas, para referir a situação de pessoas livres sujeitas a um poder (mancipium) alheio. Manteve-se, igualmente, a expressão res mancipi, agora usada para designar as coisas cuja propriedade era suscetível de aquisição por mancipatio* (…) *KASER considera que, nos primeiros tempos, não houve um direito de propriedade, mas somente um poder sobre uma res. Com efeito não existe o nome técnico propriedade, mas a expressão «meum esse»; a vindicatio não se traduzia na luta pelo domínio, mas pela própria coisa – a vindicatio é rei e não dominii -; quando as coisas eram alienadas, transmitia-se a sua posse material o habere licere; e, quando mais tarde surgiu, o dominium é considerado uma derivação da posse* "António dos Santos Justo, *ibidem,* pp, 19-22; ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO refere que; *" afigura-se recusável a opinião que limita o direito de propriedade Quiritária às res mancipi. Na verdade, a norma da Lei das XII Tábuas, que disciplina a aquisição da propriedade por usucapio, não distingue as res entre mancipi e nec mancipi, mas unicamente entre fundi e ceterae res; no antigo sistema de legis actiones, a proteção judicial da propriedade não diferia segundo as categorias de res* (…) *e a antiga economia romana fornece um elemento que contraria a limitação da propriedade às res mancipi*; *é improvável que o ius Quiritium não tenha protegido a disponibilidade dos rebanhos* (…) *partiremos, portanto, da ideia de que, em Roma, o direito de propriedade foi configurado sobre um especto unitário, acabando os seus jurisconsultos por atribuir o mesmo valor jurídico às diferentes expressões utilizadas* (…) *além de as fontes nos transmitirem esta posição, também o facto de esses jurisconsultos terem construído os outros direitos reais como tipos fixos e considerado formas limitativas da propriedade alheia pressupõe, necessariamente, um conceito unitário do direito de propriedade."* António dos Santos Justo, *ibidem,* pp, 21-22.

Impõe-se, a esta *"viagem"* (*a perceção concetual do nosso direito de propriedade, suas caraterísticas e limitações*), uma objetiva incursão histórica, na medida do essencial à perceção dos quatro elementos que constituem o núcleo conceitual envolvente prévio do atual conceito de propriedade privada:

i) A origem da propriedade como pacto social;

A conformação e legitimação, sustentadas na religião e na perceção de justiça e equilíbrio. A primeira manifestação do conceito, ainda que embrionário (detenção exclusiva) de *pacto social é* perscrutável na história do antigo Egito. Desde logo porque é da conceção embrionária da propriedade desta civilização "a mais antiga" (5500 a. C. ou 4000 a. C.) que se alcança a origem e primeira razão do respeito que sustenta a legitimação social do gozo exclusivo da coisa. Originariamente sustentado nos rituais e superstições religiosas *(papiro de Ani)*. É nesta civilização que (primeiramente) se alcança a origem conformadora do atual *pacto social* (propriedade privada).

ii) A legitimação do desfrute individual da coisa como prática milenar;

A fonte consuetudinária daquele reiterado desfrute individual que se identifica com a propriedade (o *costume, em sentido lato*[17]*)* com origem há mais de

[17] Tomando por base as posteriores fontes (*manifestand*i) de direito Romano; refiro o costume em sentido lato, como aquela tradição de uma comprovada moralidade, pois para os romanos não havia maus-costumes; nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; [*Mores Maiorum*] "*expressão antiquíssima, a primeira usada para exprimir a ideia de costume* (…) *uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como norma e como fonte de normas nas suas relações recíprocas, principalmente limitando o exercício de cada um sobre a superfície da Terra romana, quer dizer, uma regra distribuidora(…)os princípios novos (as novas regras, segundo novas necessidades) derivava*m *dos antigos mores maiorum; estavam ali contidos; bastava descobri-los(…) desta forma a primitiva ciência do direito (iurisprudentia) emanava toda dos mores maiorum*." Sebastião Da Cruz, *Direito Romano, Ius Romanum, Introdução e Fontes*, Vol. I, 4ª edição, Revista e Atualizada, Coimbra 1984, pp, 170-173) "; Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; "*até às XII tábuas não teria existido sequer em Roma, segundo o testemunho de muitos escritores, outro direito que não fosse o consuetudinário, o jus non scriptum, o costume, o mos maiorum*" (Luís Cabral de Moncada, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, Coimbra Editora, 1923, pp, 53-54.); Refiro-me assim, à secular origem desses hábitos *enraizados*, que eram respeitados por todos, indiscutíveis por corresponderem às práticas ancestrais, tais como as que determinavam o respeito pela propriedade (na aceção atual) imposta pelo posterior *consuetudo* (palavra que já traduzia a ideia de costume em sentido estrito); ainda nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; " *consuetudo é uma palavra que surge na terminologia jurídica muito depois da expressão «mores maiorum», para traduzir a ideia de costume.(…) é destinada quase exclusivamente a designar o costume no sentido moderno, isto é, «observância constante e uniforme de uma regra de* conduta *pelos membros de uma comunidade social, com a convicção da sua obrigatoriedade, quer dizer, de que isso correspondia uma necessidade jurídica*." Sebastião da Cruz, *ibidem*, p, 171.

quarenta séculos, em concretos dos poderes de uso, fruição e disposição, é perscrutável na história da mesopotâmia.

É na propriedade mesopotâmica que, primeiramente, se percebem tais poderes; na prática ancestral de gozo exclusivo (reiterada e comum) refletido nos poderes de disposição da coisa fundiária, que se constata o exercício dos poderes próprios do proprietário (tal como a configuramos na atualidade) *máxime* a compra e venda de terrenos. Atente-se aos primeiros registos de compra e venda no século XVII a. C. Ou seja, a legitimação da transmissão da propriedade, já na época *paleobabilónica*,[18] apresentou-se ao posterior "*mundo romano*" como uso *antigo* e reiterado; usual (o gozo exclusivo e o poder de disposição da coisa) conformando à *poderosa* fonte de direito, o *costume -lato sensu-*. Práticas (*etruscas*, *latinas* e *greco-orientais*[19]) que os romanos conheciam no início da fundação da cidade e em que se haveriam de sustentar, determinando as conceções iniciais (*mancupium*)[20] que evoluiriam à conceção final de *proprietas;* esta acolhida na primeira parte do atual artigo 1305º do Código Civil.

iii) O direito de propriedade como indispensável aos direitos individuais e á paz social; refiro a origem da perceção do direito do homem à propriedade privada como indispensável à realização plena do individuo, enquanto tal e, simultaneamente, como única via à estabilidade comunitária e paz social do grupo alargado.

A primeira manifestação clara é perscrutável na evolução e soluções da (história) da Grécia antiga.

É da evolução social desta civilização, caraterizada (no período arcaico) por sonegar (na prática) a propriedade privada às bases sociais, por via da acumulação

---

[18]Neste sentido EMANUEL BOUZON, *A Propriedade Fundiária na Baixa Mesopotâmia Durante o Período Paleobabilónico*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 1, 1991, pp, 22-23.

[19] Neste sentido RUI MANUEL SOBRADO CENTENO, *in 05 Civilizações Clássicas II – Roma*, EUAB – Coleção Universitária, Universidade Aberta 2014, disponível na internet; www.uab.pt. pp, 107-112.

[20]Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*o vocábulo é variado. Cronologicamente, encontramos a primeiro, mancupium ou mancipium (derivado de manus) que designa potestas sobre pessoas e coisas;(...) depois, nos últimos tempos da República, passou a utilizar-se dominium (normalmente seguido de um genitivo) para referir o poder ou a faculdade do proprietário; (...) finalmente, surgiu e prevaleceu proprietas (de proprius) que acentuou a pertença absoluta e exclusiva da res ao proprietário. Trata-se de vocábulos que, juntamente com as expressões hanc ego rem ex iure Quiritium, res in bonis meis est e in re potestas, indicam que res pertence absoluta e exclusivamente ao seu proprietário."* António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano - III (direitos reais)*, Studia Iuridica, 26, Coimbra Editora, 1997, pp 15-16.

fundiária dos fundadores e das tensões daí resultantes; nas reformas de Sólon sobre a propriedade que se percebem as virtudes que permitiram tomar consciência que a mesma é indispensável à realização do homem, enquanto tal. Permitindo-lhe a independência e autonomia fundamentais à sua realização plena. Refiro-me àqueles direitos que, na atualidade, constitucionalmente se equiparam aos direitos fundamentais[21].

iv) A perceção da necessidade de limitar a propriedade privada, (a origem do direito de vizinhança);

O paradigma hebraico revelou-se essencial, também à regulação da propriedade romana após o período arcaico nacionalista identificando-se, com relevo ao presente estudo, o conceito de o "*Próximo"*, influenciado pelos conceitos hebraicos do *"Sabático"* e do "*Jubileu"*.

---

[21]Nas Palavras de PACHECO DE AMORIM; "*O art. 62.º institui (...) quer uma garantia de existência de propriedade (ou seja, de valores patrimoniais concretos e já existentes, com tutela de direitos já adquiridos ou subjetivados), quer um direito de aquisição de propriedade (sendo que o objeto da proteção não é o/um concreto valor patrimonial — já porventura expectável, só que ainda não adquirido — mas o/um direito, em abstrato, à aquisição de valores patrimoniais). Não apenas a garantia de existência da propriedade — e o seu uso ou utilização — cai assim no âmbito de aplicação desta norma jus fundamental, mas também e a sua (dela propriedade) aquisição, pois ao proteger a transmissibilidade da propriedade, o art. 62.º CRP tutela igualmente a possibilidade ou expetativa de quem se disponha adquiri-la, consagrando destarte um direito de aquisição de direitos patrimoniais por particulares.* (…)*esta garantia constitucional* [artigo 62º da CRP] *(da propriedade) associa a uma posição jurídica típica de direito privado (a do titular do direito de propriedade privada regulado na lei) um direito fundamental negativo ou de defesa* (…) *dessa posição, direito esse* (…) *que se funda direta e exclusivamente na ideia de dignidade da pessoa humana, razão pela qual se opera a atribuição da dita posição jurídica subjetiva apenas em benefício, em ultima ratio, de pessoas individuais* (…) *por definição, se ergue prima facie contra os poderes públicos (e não, essencialmente, como o direito consagrado no Código Civil contra os demais consociados)* (…) *o direito de propriedade privada é também um princípio objetivo da organização económica, reconduzindo-se (tal como as liberdades de profissão e de empresa) ao valor da liberdade económica enquanto decisão constitucional fundamental ou prévia. Na verdade, a garantia deste direito fundamental implica desde logo a consagração no texto constitucional de um modelo de economia de mercado (ainda que social) e de livre circulação dos fatores de produção, em contraposição ao modelo de direção central e planificada da economia — modelo de economia de mercado esse que confere aos privados a primazia no que respeita à apropriação, uso, frutificação e livre disposição de bens patrimoniais* (…) *Ora, em consequência dessa primazia dos cidadãos; relativamente à apropriação, uso, frutificação e livre disposição de bens patrimoniais, é a propriedade pública remetida para um papel subsidiário.* "Pacheco de Amorim, *Direito de Propriedade Privada e Garantia Constitucional*, Faculdade de Direito, (Boletim de ciências económicas-Homenagem ao professor Doutor António José Avelãs Nunes) Universidade de Coimbra, 2014, pp. 227-230.

Para tanto será exposto, ainda que sumariamente, os segmentos da história das referidas civilizações antigas que determinaram os assinalados elementos cognitivos prévios, fundamentais e envolventes ao entendimento das caraterísticas da propriedade privada e suas limitações.

2.1- A propriedade nas civilizações contemporâneas a Roma.

Compreender a origem de a propriedade[22] é tarefa francamente difícil[23]. Não poderemos, no entanto, deixar de a caraterizar.

Naturalmente que a origem do *conceito* normativo só será perscrutável nos registos *escritos* das civilizações antigas.[24]

Foi o direito romano que fundou o nosso sistema normativo; a sua base é essencial à nossa conceção jurídica (também) de propriedade. Neste primeiro momento importa sinalizar o pensamento daquelas civilizações que terão, de alguma forma, influenciado o pensamento de Roma, (egípcia, mesopotâmica, hebraica e grega) que chegaram a ser contemporâneas à cidade de Roma. Em especial as civilizações[25] e os concretos *blocos* religiosos e normativos[26] que terão contribuído à formação da conceção de propriedade romana; em concreto as que terão influenciado a conceção

---

[22] Nas palavras de FUSTEL DE COULANGES; "*não é problema fácil, no começo das sociedades, saber se o individuo pode apropriar-se do solo.*" Numa Denis Fustel De Coulanges, *a cidade antiga*, Editora Clássica, 11º edição, 2014, p, 69.

[23] Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*a origem da propriedade constitui um dos problemas mais difíceis que têm preocupado romanistas, historiadores e sociólogos*" ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – III (direitos reais*), *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, p, 20.

[24]*Vide supra* nota 9.

[25]O estudo da origem do direito (consequentemente também o estudo das primitivas conceções de propriedade) só é possível com recurso aos textos escritos; só *estes* permitiram o registo e posteriormente conhecimento dos blocos normativos antigos. Só com o surgimento da escrita hieroglífica (hieróglifos egípcios) no ano 4000 a. C; na forma cuneiforme em 3.300 a. C, simplificada pelos Fenícios em vinte e dois grafismos, aproximadamente em 1100 a. C. EMANUEL BOUZON, *Lei, ciência e ideologia na composição dos «códigos» legais cuneiformes*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 3, 1993, pp, *22-47.*

[26] Os blocos normativos da antiguidade, conhecidos, podem dividir-se, atento à sua origem, em três tipos; os *assírio-babilónicos*, as *leis hititas* (as leis dos povos referidos na Bíblia Sagrada, tal como os Egeus, Lídios e Fenícios, estabelecidos na cidade Hitita de Antusa, atual Síria) e o conjunto de *leis Bíblicas*. EMANUEL BOUZON, *ibidem,* pp. *22-47*.

de *mancupium* e, posteriormente, *mancipium*, próprios do início do primeiro período de direito romano, o arcaico nacionalista.[27]

O antigo Egipto

O antigo Egito[28] foi, sem dúvida alguma, a mais antiga das civilizações organizadas e de maior longevidade que chegou a ser contemporânea[29] a Roma.

Os autores divergem quanto à data da sua formação[30], 5500 a. C. *ou* 4000 a. C.

Aquela conformação generalizada de desfrute sobre a coisa (que atualmente denominamos como propriedade) percebe-se primeiramente (nos textos) no antigo Egipto nos revela (confessa) a legitimação original (da propriedade) que seria

---

[27] A Romanística divide a evolução histórica do Direito Romano em quatro fases principais. A *fase arcaica*, antiga ou de direito Quiritário (753 a. C - 130 a. C): a *clássica* (130 a. C - 230 d. C); a fase *pós-clássica* (230 d. C - 527 d. C) e a fase *justinianeia*, (527 d. C - 565 d. C). A fase *arcaica* do direito romano coincide com os dois primeiros períodos históricos, a realeza, (que se circunscreveu entre 753 a. C. a 510 a. C) e parte significativa da república (510 a. C. a 46 a. C).; Este *período arcaico* não pode ser caraterizado de forma uniforme pois foi demasiado longo. O direito romano arcaico **é** dividido em duas subfases, o *arcaico nacionalista* (753 a. C *a* 242 a. C.) e é a *arcaico universalista* (242 a. C *a* 129 a. C.). A transição entre estas duas subfases baliza-se no surgimento do *praetor peregrinus.;* Álvaro D´Ors sistematiza as fases de direito romano considerando as fases *arcaica*, *clássica* e *pós-clássica*. Por sua vez divide a fase de direito romana *clássica* em três subfases, *clássica*, de 130 *a* 30 a. C, a *clássica-alta ou central*, de 30 a. C *a* 130 d. C e a fase *clássica tardia*, de 130 dC a 230 d C. Considera ainda na fase *pós-clássica*, três subfases, a saber a subfase *Diocleciana* - de 230 d. C. *a* 330 d. C.- a fase *Constantiniana*, -330 d. C *a* 430 d. C-, a subfase *Teodosiana*, -430 d. C *a* 530 d. C.-. ÁLVARO D`ORS, *Derecho Privado Romano*, Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, pp, 34-36,

[28] localizava-se a norte do mar mediterrâneo, confrontava a sul com o atual Sudão, a oeste com a atual Líbia, a leste com o mar vermelho.

[29]A monarquia do antigo Egipto sucedeu-se em trinta e uma dinastias; a história desta civilização divide-se em oito épocas distintas; as épocas *pré-tinita e tinita* (primeira e segunda dinastias de 3000 *a. C.* - 2780 a. C.); *Antigo Império*, (terceira e quinta dinastias; de 2780 *a. C.* - 2400 a. C); *o período intermediário* (da sexta à décima dinastias, de 2400 *a. C.* - 2065 aC); *médio Império*, (décima primeira e décima segunda, de 2065 a. C - 1785 a. C); *o segundo período intermédio*, (da décima terceira, à décima sétima dinastia, 1785 *a. C* - 1580 a. C); *o novo império* (décima oitava à vigésima dinastia. De 1580 a. C - 1200 a. C); *a Baixa época*, (1200 a. C - 332 a. C, da vigésima primeira à trigésima primeira dinastias) por fim, a época da *decadência* (que se inicia com a conquista de Alexandre "o grande", em 332 a. C e termina em 359 d. C). Em 30 a. C. o Egipto tornou-se uma província romana; após a derrota de Marco António e Cleópatra VII na batalha de Áccio, "caindo às mãos de Otaviano", que viria a converter-se no Imperador Augusto.

[30]Os autores divergem quanto à data do início desta civilização (Egipto), alguns apontam o ano 4000 a. C. outros o ano 5500 a C. José Manuel Sacadura Rocha, *História do Direito no Ocidente*, Edições Forense, Rio de Janeiro, 2015, p, 65;

religiosa; e em conceito efetivo de *pacto social* (aquele acordo generalizado que impunha o respeito da coisa desfrutada pelos demais e que permitia impor -aos outros- o desfrute da coisa própria); aquele acordo generalizado que determinou a perceção do uso exclusivo da coisa "*de ele*" e consequente coisa "minha" (privada), da "*nossa*" (pública) e pela coisa dos deuses (sagrada). Aquelas coisas cujo desfrute exclusivo se impôs pelo *status quo* aceite por todos.

Diz-se a primeira (não negando ou descartando a hipótese de outras terem existido em tempos anteriores, mas recordando que só do registo escrito será possível afirmá-lo e) o primeiro registo foi o egípcio.

(***a propriedade no antigo Egipto***)

A propriedade do antigo Egipto poderia ser de caráter pública ou privada.

A propriedade pública, por sua vez, distinguia a propriedade do faraó da propriedade divina.

Foi, naturalmente, a propriedade que estruturou a civilização egípcia antiga. Os escritos (cuneiformes) permitem afirmar que já nas tardias épocas d*o novo império,* da décima oitava à vigésima dinastia (1580 a. C *a* 1200 a. C) a propriedade se legitimava por razões de ordem religiosa e que a apreensão da coisa, fosse pública ou privada, era respeitada por todos. Esta prática social constituiu-se como uma base costumeira formadora do conceito.

A base desse respeito eram os temores e a reverência, próprias dos rituais, superstições e outros de diversa ordem (religiosa)[31] que impunham o respeito pela coisa do outro. Isto é, que instituíram aquele conceito embrionário que serviu à base do pacto social. A propriedade em si.

A proteção da propriedade privada encontra o primeiro registo escrito (hieróglifos) no século 16 a. C. no denominado *papiro de Ani*[32] ou *livro dos mortos de Haunefer.*

---

[31]O Faraó era o monarca supremo; mas *a decisão justa* pertencia aos deuses, porque a justiça lhes havia sido confiada pelos povos; nas palavras de SACADURA ROCHA; *"nem sacerdotes nem o próprio Faraó detinham o monopólio sobre o direito (Maat)* (…) *segundo a crença, um deus, Thot (como Mercúrio entre os Romanos ou Hermes entre os gregos) havia legado ao povo as leis, mas também a arte da escrita*." Sacadura Rocha, *História do Direito no Ocidente*, Cit., pp, 65-66.

[32] Atualmente exposto no *British Museum* sob o número referencia EA-9901,3.

Este papiro dispunha que após a morte teriam lugar as denominadas *confissões transcendentais negativas*[33]. Entre elas algumas tinham por objeto proteger a propriedade (julgar o respeito tido em vida pela propriedade) alheia[34], fosse pública, divina ou privada.

É certo que no antigo Egipto a propriedade privada se desenvolveu, sobre tudo, fruto das necessidades (próprias e naturais) dos crescentes aglomerados urbanos. No entanto e, tal como na contemporânea mesopotâmia, encontra registos já no século XX a. C. A urbanização da civilização egípcia, conjugado com o surgimento dos sistemas de registo central,[35] determinaram o conjunto de regras que legitimavam o uso dos campos e construções de forma exclusiva e individual [36].

É nesta civilização, a mais antiga, (a primeira da antiguidade) que se percebe a origem do pacto social (sustentado na natureza sagrada) também, da propriedade privada.

---

[33] Às referidas "*confissões transcendentais*" (do *livro dos mortos)* cumpria aferir se durante a vida do "*julgado*", este havia respeitado a propriedade (dos deuses e dos demais) devendo prestar contas perante a *Moat* (a deusa da justiça) também sobre o seu comportamento em efetivo respeito pela propriedade dos demais. Em concreto e, no que tange à propriedade resulta daquele papiro as inquirições de/que; "*não subtraíra com violência, não furtara, não furtara grãos, não se apropriara de oferendas, não furtara propriedade dos deuses, não desviara comida, não furtara comida de terras cultivadas, não desviara os bolos khenfu dos espíritos dos mortos, não matara o gado pertencente aos deuses*." Wallis Budge, *O livro dos mortos do antigo Egito*, Edições *Madras*, 2012. pp, 16-32; 76-80.

[34] *Cf.*, inquirições que decorriam dos números 2, 3, 5, 7, 9, 16, 40 e 42 do Papiro de Ani, disponível na internet; https://madras.com.br/pdf/mortos.pd f

[35]Neste sentido CRISTIANO PAIXÃO ARAUJO PINTO refere que; "*tão pouco seria equivocado apontar a subsistência, na sociedade e no direito romanos de institutos provenientes do Egipto antigo, como a celebração de espécies diversificadas de contratos e a centralização administrativa apoiada por um corpo burocrático estável. É razoável conceber então um panorama de circulação de ideias na região do Mediterrâneo que pode ter auxiliado na conformação de institutos jurídicos posteriormente legados ao património do ocidente".* António Carlos Wolkmer, *Fundamentos da História Do Direito - Direito E Sociedade No Oriente Antigo; Mesopotâmia E Egito*", Edições Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p 26.

[36] Neste sentido CRISTIANO ARAÚJO PINTO, António Carlos Wolkmer, *ibidem*, p 15.

A mesopotâmia.

A mesopotâmia[37] correspondeu à união dos povos que originariamente ocuparam os territórios localizados a meio (*meso*) dos rios (*potamos*) Tigre e Eufrates. Áreas que correspondem aos atuais territórios do Iraque.

A breve referência a estes povos[38] tem por objeto expor a sua atividade legislativa, em concreto a que exerceu influência[39] às conceções de propriedade e ao pensamento jurídico do mediterrâneo no século VII a. C.

(***a propriedade na mesopotâmia***)

É na propriedade mesopotâmica que se percebe a origem da prática ancestral de gozo exclusivo do privado sobre a coisa fundiária, *máxime* os poderes de disposição.

---

[37] *Mesopotomos é expressão grega* que designava os territórios que ficavam *entre rios;* hoje conhecemos aquela área (a mesopotâmia) como *médio oriente*. Estes territórios têm registo de povoação antiquíssima, são comumente designados como *o berço da civilização* e correspondem a áreas povoadas já no ano 7000 a. C. Esta região foi inicialmente habitada pelos sumérios (cidades estado de Ur, Uruk e Nipur), posteriormente conquistadas pelo *breve* império Acádio (2335 *a* C *a* 2279 a. C) que, basicamente, só deixou em legado a sua língua *acádia*. Neste sentido CRISTIANO ARAÚJO PINTO, *ibidem*, pp 73-74; nas palavras de EMANUEL BOUZON; "*nesta época* [2003 aC] *aconteceu também na região uma mudança linguística com o paulatino predomínio do acádio (...) em detrimento do sumério*. EMANUEL BOUZON, *Lei, ciência e ideologia na composição dos «códigos» legais cuneiformes*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 3, 1993, *p. 15*.

[38] Povos *Amoritas* que iriam refundar, aproximadamente em 2000 a. C, na mesopotâmia, aquela que se iria revelar como a principal cidade da mesopotâmia, a Babilónia.

[39]Nas palavras de CRISTIANO ARAÚJO PINTO; "*a* influência destas civilizações antigas não se resumiu ao direito, alargou-se também a outras áreas do conhecimento, como a astronomia, cartografia, álgebra e outras, (…) *expressiva contribuição trazida pela cultura mesopotâmica e egípcia aos povos da europa clássica* (…) *o sistema sexagesimal de medida - que até aos dias atuais determina a contagem da hora, minutos e segundos (...)o calendário solar, que é adotado na quase totalidade dos povos ocidentais, foi concebido no Egipto. Há fortes evidencias de que a mudança do calendário lunar utlizado na Roma antiga para o novo calendário solar, chamado Juliano, em 45 a. C, tenha relação com as campanhas de Júlio César ao Egipto, quando teria travado contato com o astrónomo Sosígenes*" Carlos Wolkmer, *ibidem*, p. 27; Estes cálculos sustentam a base aos de navegação marítima; que determinam a mais pequena parte do minuto geográfico (seja em latitude seja em longitude) a milha náutica de mil oitocentos e cinquenta e dois metros, que devidamente multiplicada [Mn (1852)x S (´60)=º x (L/L-M /P) 24) determinará o diâmetro do nosso planeta; conjugada a velocidade do movimento de translação e rotação em relação há lua tornou possível calcular a amplitude das marés e a declinação astronómica azimutal.

A exclusividade resulta plasmada naqueles poderes de disposição que, de forma clara, acusam a sua existência, o poder de vender a coisa fundiária, em prática reiterada e comum; com os primeiros registos de compra e venda; estabelecendo como consuetudinário o gozo exclusivo e o poder de disposição da coisa. Refere-se a *poderosa* fonte de direito antigo, o *costume*, como a origem daquele acordo generalizado de desfrute da coisa fundiária, que, hoje nominados; denominamos de propriedade.

A propriedade da mesopotâmia foi regulada por um conjunto de blocos normativos[40]. Destacam-se os códigos de Hamurabi[41] e as novas Leis Babilónicas de 650 a. C.[42].

---

[40] Uma breve referência às principais leis mesopotâmicas, *a saber*; O Código de Ur-Nammu (2112 a. C - 2095 a. C); os Códigos de lipit-latar (Lipit-Ishtar) (1934 a. C - 1924 a. C) com quarenta e três artigos; as Leis de Eênunna (Eshunna, 1815 a. C - 1787 a. C), com sessenta artigos, tutela uma forma embrionária de responsabilidade civil (dano) e as relações familiares; o Código de Hamurabi (1792 a. C - 1750 a. C) que tutelava o direito penal, processual, família e civil; as Leis Hititas (1600 a. C - 1400 a. C); as Leis Assírias (Messoassírias) (1115 a. C - 1076 a. C; as leis Neobabilónicas (650 aC).

[41] O rei Kham-um-rabi, conhecido como Hamurabi, o sexto rei da 1ª dinastia babilónica, (1792 a C. - 1750 a. C) ordenou a elaboração do bloco normativo que ficou conhecido como o Código de Hammurabi. Não se tratava de um código, tal como o concebemos atualmente. Tratava-se de um bloco normativo constituído por duzentos e oitenta e dois artigos talhado em baixo-relevo, em diorito (rocha vulcânica). Também estes, os artigos, devem ser entendidos como sub-blocos normativos, temas esparsos, mas considerados de fundamental importância na regulação geral. Este código foi considerado o bloco normativo mais antigo, no entanto são hoje conhecidos outros, mais antigos. Nas palavras de CANDEIAS SALES; "*logo se percebeu, contudo, que as leis reunidas na esteia de Hammurabi não eram as mais antigas da humanidade. Já em 1907, o assiriólogo francês F. Thureau-Dangi, publicara algumas inscrições (...)Após a Segunda Guerra Mundial, uma expedição arqueológica iraquiana, (...) em Tell Harmal, encontrou em 1945 e 1947 duas tábuas de argila com inscrições cuneiformes que estão, hoje, no Iraq Museum inventariadas sob a sigla IM 51.059 e IM 52.614.(...) As duas tábuas foram denominadas de A e B respetivamente por Goetze que publicou em 1948 uma editio princeps dessas duas tábuas acompanhada de transcrição e tradução do texto. As duas tábuas estão escritas em língua acádica, mas infelizmente apresentam grandes lacunas; a tábua A tem a parte superior e a inferior danificada, na B falta a metade superior da tábua. Perderam-se, destarte, muitas linhas do texto. Como Tell Harmal, uma pequena localidade ao sul de Bagdad, dependia no período paleobabilónico da cidade-reino de Eènunna, Goetze identificou as leis registadas nessas tábuas como leis do reino de Esnunna. A tábua A. (IM 51.059) foi encontrada sob o pavimento da camada arqueológica II; a tábua B (IM 52.614) jazia, também, sob o pavimento da camada II entre outros textos do rei Daducha de Eènunna (ca. 1815-1787 a. C.). Além disso, ambas as tábuas apresentam um tipo de escrita do período paleobabilónico mais arcaico do que o usado pelos escribas de Hammurabi. Pode-se, pois, concluir que tanto a arqueologia como a paleografia se levam a datar essas duas tábuas de um período paleobabilónico pre-hammurabíano. Elas não representam, contudo, 0 texto original das leis de Eènunna, sendo antes cópias produzidas numa escola de escribas e serviram, certamente, para iniciar esses mesmos escribas nos arcanos da escrita cuneiforme. Não se sabe se o texto original dessas leis foi, inicialmente, esculpido em alguma estela de pedra até hoje não encontrada. A promulgação das leis de Eènunna deve ter ocorrido durante o reinado de Naramsin ou no de seu irmão Daducha (entre os anos 1925 e 1787 a. C. aproximadamente). A assiriologia conhece um outro complexo de leis, em língua suméria, mas proveniente de um reino semita, conhecido em geral como o Código de Lipit-létar; ele é atribuído, pois, ao rei Lipit-látar (1934-1924 a. C.), quinto soberano da dinastia de Isin, fundada por lébi-Erra em 2017 a. C., após uma rebelião deste contra Ibbi-Sin, último rei de Ur III. O texto dessas leis foi conservado em três tábuas de argila encontradas entre os anos 1889 e 1900 pela expedição arqueológica da Universidade da Pensilvãnia, nas escavações da localidade onde estava situada a antiga cidade de Nippur, e publicadas em 1919 por H. F. Lutz. Uma quarta tábua foi encontrada no Louvre e publicada em 1930 por H. de Genouillac. Foi, contudo, Francis Rue Steele quem reconstruiu o texto cuneiforme dessas leis e o publicou com uma tradução inglesa em 1948). Em 1952 o sumérologo Samuel N. Kramer publicava um texto de leis, em sumério, atribuído ao rei Ur-Nammu*

Estes "Códigos", no que tange ao direito de propriedade, previam também a disposição das coisas por via da compra e venda[43], tal como a sua transmissão *mortis causa*[44].

(2111-1094 a. C.), fundador da III dinastia de Ur (...) Ur-Nammu tentou, durante o seu reinado, levar a cultura suméria a um novo apogeu. Essa época de renascença suméria é conhecida como período neo-sumério. Aliás, o rei Ur-Nammu já era conhecido na tradição suméria, testemunhada nas inscrições da época, como legislador, antes mesmo da descoberta do texto dessas leis. Uma dessas inscrições proclama: «Ele (Ur-Nammu) fez brilhar as leis justas de Utu e fez reinar as decisões da justiça». Infelizmente o texto das leis de Ur-Nammu foi transmitido, apenas, em uma cópia do tempo de Hammurabi — dois fragmentos de uma tábua de 20 cm x 10 cm — descoberta em Nippur e que se encontra hoje no museu de Istambul. Trata-se, certamente, de uma tábua de exercício para escribas. Do tempo posterior a Hammurabi a tradição legal da antiga Mesopotâmia conhece, ainda, um conjunto de leis provenientes de Assur e, geralmente, conhecido como leis assírias. Trata-se de um grupo de catorze tábuas de argila, com uma escrita cuneiforme do período assírio médio, contendo cópias de leis antigas e redigidas provavelmente durante o reinado de Tiglatpileser I (1115-1076 a. C.). Essas tábuas cuneiformes encontram-se hoje no museu de Berlim. Em 1920 Schroeder publicou nove dessas tábuas e em 1937 E. Weidner editou as outras cinco. J. N. Postgate publicou, recentemente, uma tábua cuneiforme de Nínive com um grupo de leis, que, certamente, pertencia ao mesmo conjunto (...) As demais tábuas cuneiformes de Assur encontram-se em estado bem mais lacunar. Do período neo-babilónico há ainda uma tábua cuneiforme, conservada no British Museum sob a sigla BM 56.606, que preservou cerca de quinze parágrafos legais. Ela foi publicada em 1889 por F. Peiser. Trata-se de um texto em estado muito fragmentário e que, dificilmente, pode ser considerado um corpo de leis neo-babilónicas. Fora do mundo assiro-babilónico, encontram-se, ainda, as leis hititas e o conjunto de leis bíblicas"; José Das Candeias Sales, A Ideologia Real Acádia e Egípcia, Edições Estampa, Lisboa, 1997 pp. 24-26.

[42] Tal como as demais leis mesopotâmicas, invariavelmente, acabaram por influenciar as novas leis babilónicas do ano 650 a C, bem como as *severas* [Drácon] leis gregas, em especial a primeira constituição escrita na cidade de Atenas, em 620 a. C. (constituição no sentido de *politeia*). Nas palavras de DELFIM FERREIRA LEÃO; *"Sobre a constituição de Drácon recai a suspeita, legítima, de ser uma invenção tardia. Entre outros aspetos, é improvável que existisse, em data tão recuada, um corpo regular de estrategos".* Delfim Ferreira Leão, -*introdução* de autoria de Delfim Ferreira Leão- ARISTÓTELES, *A Constituição dos Ateniense*, Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 2002, *nota de rodapé nº. 12*. p. 25.

[43] Nas palavras de FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO; *"já o direito privado babilónico é bastante desenvolvido e abrange grande variedade de institutos no direito privado, como família, contratos e de forma insipiente obrigações (...) Com relação aos contratos e obrigações, temos a venda a crédito, o arrendamento de instalações de casas e dos serviços, o depósito, o empréstimo a juros, o título de crédito à ordem, e o reembolso ao portador. Ainda existe um embrionário direito económico, devido à sociedade comercial em comandita (...) Na babilônia a noção de propriedade se confunde com a posse. Este é outro exemplo de uma abstração jurídica ainda não totalmente desenvolvida (como na distinção de furto e roubo). A alienação (penhora) é da própria coisa e não da propriedade sobre ela, e é livremente praticada nos casos de empréstimo*". José Manuel Sacadura Rocha, *História do Direito no Ocidente- Direito Romano Clássico; Seus Institutos Jurídicos E Seu Legado* - Edições Forense, Rio de Janeiro, 2015, pp. 83-84.

[44] Neste sentido EMANUEL BOUZON, *A Propriedade Fundiária na Baixa Mesopotâmia Durante o Período Paleobabilónico*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 1 (1991), p, 15.

Não será arriscado afirmar que mais de 300 anos antes do Código de Hamurabi, os particulares compravam e vendiam casas e pomares[45], bem como terras de cultivo, (ainda no período *paleobabilónico*[46]). Isto é, percebe-se que no Século XX a. C. já existia o conceito embrionário de propriedade privada, bem como as formas consuetudinárias de a transmitir. Nas palavras de EMANUEL BOUZON; [47] "*a norte da babilónia* (…) *conhecemos hoje cerca de 260 contratos de compra e venda de imóveis, entre os quais 97 são contratos de venda de campos* ".

Já quanto à defesa da propriedade e apesar de, à época, não se distinguir posse[48] de propriedade,[49] importa fazer referência aos artigos 6º, 8º a 23º, 38º a 48º do *código* de *Hamurabi*,[50] dos quais resultavam a possibilidade de reivindicar a coisa (em especial nos termos dos artigos 9º e 41º deste código).

---

[45]Neste sentido EMANUEL BOUZON, *A Propriedade Fundiária na Baixa Mesopotâmia Durante o Período Paleobabilónico cit.,* pp 12-15.

[46] *Nas palavras de* EMANUEL BOUSON; *"Espaço de tempo que vai desde a queda de Ur III (2003 a. C.) até à invasão da Babilónia pelas tropas do rei hitita Mursillis I, e o fim da dinastia babilónica de 1594 a. C.* EMANUEL BOUSON, *Lei, Ciência e Ideologia na composição dos «códigos» legais cuneiformes,* Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 3, 1993, *p 12*

[47] EMANUEL BOUZON, *A Propriedade Fundiária na Baixa Mesopotâmia Durante o Período Paleobabilónico cit.,* p.19.

[48] É após as Leis Decenvirais (após o triunfo da plebe) que se percebe a distinção entre posse e a propriedade, com a proteção conferida pelos *interditos*. Na ação de reivindicação o pretor tinha o poder de conceder, até à decisão final, a posse da coisa litigiosa a um dos litigantes. Neste sentido Joel Dias FIGUEIRA JUNIOR, *Liminares Nas Ações Possessórias*, 2ª edição, São Paulo, 1999, pp. 108-109.

[49] Nas palavras de EMANUEL BOUSON "[no] *período Babilónico* (…) *direito de propriedade é previsto nos próprios complexos legais como mostra* (…) o *39º do código de Hamurabi* ", EMANUEL BOUSON, *ibidem,* p 24.

[50]Código de Hamurabi que se cita, nos artigos relevantes (propriedade) na versão disponível na Biblioteca dos Direitos Humanos da Universidade de São Paulo; "Art.*6º. Se alguém roubar a propriedade de um templo ou corte, ele deve ser condenado à morte, e também aquele que receber o produto do roubo do ladrão deve ser igualmente condenado à morte; Art. 8º Se alguém roubar gado ou ovelhas, ou uma cabra, ou asno, ou porco, se este animal pertencer a um deus ou à corte, o ladrão deverá pagar trinta vezes o valor do furto; se tais bens pertencerem a um homem libertado que serve ao rei, este alguém deverá pagar 10 vezes o valor do furto, e se o ladrão não tiver com o que pagar seu furto, então ele deverá ser condenado à morte; Art. 9º, se alguém perder algo e encontrar este objeto na posse de outro: se a pessoa em cuja posse estiver o objeto disser " um mercador vendeu isto para mim, eu paguei por este objeto na frente de testemunhas" e se o proprietário disse" eu trarei testemunhas para que conhecem minha propriedade" então o comprador deverá trazer o mercador de quem comprou o objeto e as testemunhas que o viram fazer isto, e o proprietário deverá trazer testemunhas que possam identificar sua propriedade. O juiz deve examinar os testemunhos dos dois lados, inclusive o das testemunhas. Se o mercador for considerado pelas provas ser um ladrão, ele deverá ser condenado à morte. O dono do artigo perdido recebe então sua propriedade e aquele que a comprou recebe o dinheiro pago por ela das posses do mercador; Art 10º. Se o comprador não trouxer o mercador e testemunhas ante a quem ante quem ele comprou o artigo, mas seu proprietário*

Grécia antiga

A relevância da evolução social registada nas cidades Estado gregas e suas soluções legislativas, em especial as de Atenas, decorrentes das reformas de Sólon, revelaram-se essenciais à perceção da propriedade privada como um direito do homem.

Foram as referidas soluções que primeiramente permitiram compreender o direito à propriedade privada como condição indispensável à dignidade do homem.

---

trouxer testemunhas para identificar o objeto, então o comprador é o ladrão e deve ser condenado à morte, sendo que o proprietário recebe a propriedade perdida; Art. 11º. Se o proprietário não trouxer testemunhas para identificar o artigo perdido, então ele está mal-intencionado, e deve ser condenado à morte.; Art.12º. Se as testemunhas não estiverem disponíveis, então o juiz deve estabelecer um limite, que se expire em seis meses. Se suas testemunhas não aparecerem dentro de seis meses, o juiz estará agindo de má-fé e deverá pagar a multa do caso pendente. [Nota: não há 13ª Lei no Código; Art.14º. Se alguém roubar o filho menor de outrem, este alguém deve ser condenado à morte; Art.15º. Se alguém tomar um escravo homem ou mulher da corte para fora dos limites da cidade, e se tal escravo homem ou mulher, pertencer a um homem liberto, este alguém deve ser condenado à morte; Art.16º. Se alguém receber em sua casa um escravo fugitivo da corte, homem ou mulher, e não o trouxer à proclamação pública na casa do governante local ou de um homem livre, o mestre da casa deve condenado à morte; Art. 17º. Se alguém encontrar um escravo ou escrava fugitivos em terra aberta e trouxer a seus mestres, o mestre dos escravos deverá pagar a este alguém dois shekels de prata; Art. 18º. Se o escravo não der o nome de seu mestre, aquele que o encontrou deve trazê-lo ao palácio; uma investigação posterior deve ser feita, e o escravo devolvido a seu mestre; Art. 19º. Se este alguém mantiver os escravos em sua casa, e eles forem pegos lá, ele deverá ser condenado à morte; Art.20º. Se o escravo que ele capturou fugir dele, então ele deve jurar aos proprietários do escravo, e ficar livre de qualquer culpa; Art.21º. Se alguém arrombar uma casa ele deverá ser condenado à morte na frente do local do arrombamento e ser enterrado; Art.22º. Se estiver cometendo um roubo e for pego em flagrante, então ele deverá ser condenado à morte; Art. 23º. Se o ladrão não for pego, então aquele que foi roubado deve jurar a quantia de sua perda; então a comunidade (...) em cuja terra e em cujo domínio deve compensá-lo pelos bens roubados (...); Art.38º. Um capitão, homem ou alguém sujeito a despejo não pode responsabilizar por a manutenção do campo, jardim e casa, a sua esposa ou filha, nem pode usar este bem para pagar um débito; Art.39º. Ele pode, entretanto, assinalar um campo, jardim ou casa que comprou e que mantém como sua propriedade, para sua esposa ou filha e dar-lhes como débito; Art.40º. Ele pode vender campo, jardim e casa a um agente real ou a qualquer outro agente público, sendo que o comprador terá então o campo, a casa e o jardim para seu usufruto; Art.41º. Se fizer uma cerca ao redor do campo, jardim e casa de um capitão ou soldado, quando do retorno destes, a campo, jardim e casa deverão retornar ao proprietário; Art.42º. Se alguém trabalhar o campo, mas não obtiver colheita dele, deve ser provado que ele não trabalhou no campo, e ele deve entregar os grãos para o dono do campo; Art. 43º. Se ele não trabalhar o campo e deixá-lo pior, ele deverá retrabalhar a terra e então entregá-la de volta ao seu dono. (...)48. Se alguém tiver um débito de empréstimo e uma tempestade prostrar os grãos ou a colheita for ruim ou os grãos não crescerem por falta d'água, naquele ano a pessoa não precisa dar ao seu credor dinheiro algum, ele devendo lavar sua tábua de débito na água e não pagar aluguel naquele ano." Disponível na internet, Biblioteca Virtual de direitos humanos da Universidade de São Paulo, "*http://www.direitoshumanos.usp.br/.*

Sólon identificou o desfrute exclusivo da coisa como única forma de alcançar a paz social. Construindo, ainda que de forma embrionária, as condições à perceção daquele núcleo de direitos que hoje se identificam e equiparam aos direitos fundamentais.

(***justiça, igualdade e propriedade***)

Em Atenas e, posteriormente nas demais cidades Estado gregas, (que acolheram a igualdade e as primeiras formas de democracia) percebeu-se a justiça como sinónimo de igualdade. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*À escola Pitagórica (para a qual a essência de todas as coisas é o número) devemos a conceção de justiça como equação ou igualdade, gérmen da doutrina aristotélica da justiça*."[51]

Sabemos, hoje, que a primeira condição da (verdadeira) paz social é o respeito pelo homem enquanto individuo personalizado e distinto, mas igual perante a lei. Refiro-me ao reinado dos direitos e liberdades individuais. Percebendo-se que o homem, enquanto tal, deve a sua liberdade, independência, autonomia, realização pessoal e social plenas ao direito à propriedade privada.

Esta verdade (que até há bem pouco tempo, não poucas vezes se pretendeu olvidada[52]) resultou já percecionada pelo exemplo histórico grego e pode denominar-se como a "*lição grega",* que se sintetiza na afirmação; o direito de propriedade privada corresponde a um direito fundamental do homem (enquanto tal) sem a possibilidade prática de acesso à mesma não há paz social e o coletivo sucumbirá.

Na Grécia antiga,[53] sobre tudo no período *arcaico*, (séculos VIII a. C *a* VI a. C.) verificaram-se enormes convulsões sociais. A causa destas identificam-se, precisamente, na carência generalizada à propriedade privada.

Vejamos; a organização social, administrativa e executiva, sustentava-se já desde o período *homérico ou heroico* (séculos XII a. C - VIII a. C.) na família alargada.

---

[51] António Dos Santos Justo, *Nótulas De História do Pensamento Jurídico, História do Direito*, Coimbra Editora. 2005, p. 14.

[52] *Vide infra* nota 268.; vide infra pp, 218-221.

[53] A história da Grécia antiga é dividida em seis períodos; o período pré-homérico (Séculos XX a XII a. C); período homérico ou heroico (Séculos XII a VIII a. C); período arcaico (Séculos VIII a. C *a* VI a. C); período clássico (Séculos V a. C e IV a. C); período Helenístico (anos de 336 a. C *a* 133 a. C); o período romano (anos 27 a. C *a* 330 d. C).

Estas enormes famílias (*Genos*) eram compostas, por vezes, por centenas de elementos, todos descendentes de um antepassado comum. A chefia da família sucedia-se no filho mais velho. As propriedades e as riquezas eram tuteladas e tituladas por este chefe, o filho do pai, o *Eupátrida.*

Os *Genos* aumentavam exponencialmente o número dos seus componentes, apesar disso, as propriedades concentravam-se em um único homem. Ou seja, *os Genos* criavam muitos *deserdados e* determinavam, na razão direta da sua dimensão, a acumulação da propriedade.

O resultado desta organização social das Cidades Estado foi a inevitável concentração da propriedade, entenda-se que, para além dos Eupátridas, os outros homens livres tornaram-se pequenos proprietários (*Georghais)* ou assalariados (*Tetas).* Todos estes integravam aquela massa humana maioritária, o povo (*o Demos*) que não tinham efetivo acesso à propriedade privada nem à riqueza.[54]

---

[54] Os homens regiam-se por tradições, em justiça administrada de forma parcial, nas palavras de JOSÉ RIBEIRO FERREIRA; [justiça administrada pelos] "*reis comedores de presentes"*. JOSÉ RIBEIRO FERREIRA, *A Grécia Antiga*, Edições 70, 2004, pp 13-14); tais regras tinham, quase em exclusivo, por objeto a regulação da vingança que as famílias exerciam em reação às ofensas e estas correspondiam a um qualquer argumento legitimador de subjugação pela força. Mas as populações não reconheciam que a verdadeira justiça (na Grécia antiga, tal como no Egipto e na Roma de Rómulo) pertencesse aos homens ou aos soberanos; fossem esses chefes ou reis, mas sim aos deuses. Também os Gregos percebiam a justiça como tarefa sagrada e para tal dispunham da deusa *Diquet*. Não é objeto do presente estudo, no entanto far-se-á uma breve referência ao *nome* e à *imagem* de *Diquet*. Conhecemos a expressão *non liquet* como sinónimo *de questão não resolvida*, ou não decidida; acusação pouco clara, Decisão sobre a qual o juiz não se pronuncia, ou sem resolução da questão de fundo. É precisamente por imperativo de resolução justa que se exige a *lide liquet*; decidida, resolvida (e com efetiva justiça). Na origem da expressão e por se verificar enorme semelhança gráfica (*diquet* com l*iquet*) (acredito) perceber-se a influência grega na nominação. Tal parece resultar da obra do jurista romano Aulio Gélio, *Noctes Atticae*, pois usa a expressão *"iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum"* (tradução livre - *Juro que não é claro para mim e dessa forma me desobrigo a julgar*) (Gellius. Noctes Atticae. Liber XIV, p. 25 disponível na *internet*, *www./penelope.uchicago.edu*.); Por outro lado; a imagem da deusa grega da justiça, de olhos abertos; segura a espada; a balança com dois pratos ao mesmo nível; a balança sem fiel. Os olhos abertos porque a justiça decorria do direito abstrato e generalizado. A espada correspondia à necessidade de validação do próprio direito pela sua efetiva execução. Os pratos da balança (ao mesmo nível) representam a igualdade e a ausência de fiel significava a desigualdade natural da justiça administrada por (vários) juízes diferentes. Isto é, a justiça era administrada com recurso a conceitos internos desiguais. *"Segundo a mitologia grega, a figura de mulher que representa a Justiça é a deusa Themis, filha de Úrano (Céu) e de Gaia (Terra), ela própria a deusa da Justiça. Dotada de grande sapiência, além de esposa de Zeus, o deus supremo, era sua conselheira. Criadora das leis, dos ritos e dos oráculos, era a guardiã dos juramentos dos homens. As leis e os oráculos proferidos por Themis seriam obrigatoriamente acatados tanto por homens como por deuses. Na Grécia, a Justiça teria sido representada pela deusa Diké (filha de Themis) que, de olhos abertos, segura uma espada e uma balança ou por Themis exibindo só uma balança, ou ainda uma balança e uma cornucópia "*. Disponível na internet; Governo de Portugal) in www.hipercultura.com.

As pequenas propriedades eram numerosas e indispensáveis à subsistência de quase todas as famílias, também dos agricultores e dos artesãos, assignadas à generalidade dos *Georghais* foram tomadas pelos *Eupátridas*.

No período arcaico (grego), fruto da colonização do mediterrâneo verificou-se o excesso, uma *super-oferta* daqueles produtos agrícolas que eram enviados das colónias; a consequência (natural) foi a redução excessiva e generalizada dos preços dos produtos agrícolas; o *Demos* enfrentava a mais absoluta miséria. RIBEIRO FERREIRA refere que; [55] "*Sólon fala de nobres que se apoderaram de muitas terras, roubando a saque, fala de pequenas propriedades hipotecadas e de camponeses que, além de perderem as terras, se tornaram escravos e foram vendidos. Aristóteles* (…) *corrobora esta situação* (…) *no centro da crise, no tempo de Sólon, estava uma espécie de servidão pessoal* [em resultado da qual] *os pobres, com os seus filhos e mulheres, eram escravos dos ricos – refere Estagirita*."

Paralelamente surgiram os novos-ricos, descendentes de classes sociais inferiores, mas que enriqueceram do comércio marítimo, os *Dimiurgos,* que aspiravam à nobreza. Estes, inicialmente conjugados com os *Eupátridas*, especulavam e tomavam toda a propriedade e riquezas.

O descontentamento generalizado grassava nas diversas *pólis*[56] *também em* resultado dos elevados encargos impostos pelos proprietários de "quase todas as terras".

---

[55] Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; "*No entanto, Aristóteles e os escritores posteriores apontam a liberdade pessoal e não as propriedades, como garantia dos empréstimos e das dividas contraídas. Aristóteles (…)* [insiste na] *tónica, na caução pessoal e não na fundiária* Ribeiro Ferreira, *A Grécia Antiga,* Cit., pp 39-40; 49.

[56]Também em Roma, dois séculos depois das leis de Sólon, as Leis *Decenvirais* resultaram, de igual forma, das lutas sociais de 460 a. C a 450 a. C (entre plebeus e patrícios). Nas palavras de SEGURADO CAMPOS; *"lutas sociais que dilaceraram Roma nos anos que precederam a data tradicional de 450 a C (…) conflitos que opunham o patriciado à plebe, foi acordado entre ambos os grupos que se nomeasse uma comissão de dez membros, os X uiri legibus scribundis - dez homens escolhidos para redigirem as leis - (…) enviados em 451 a. C. a Atenas a fim de copiarem as famosas leis de Sólon, bem como as de outras cidades da Grécia e ainda de ficarem a conhecer as suas instituições, costumes e legislação, dando-lhes forma adequada às necessidades da Roma do tempo. As palavras de T. Lívio que transmitem esta informação levantam simultaneamente uma série de problemas que não será possível aqui tratar (…) Assim, Dionísio refere, no contexto das lutas sociais, uma proposta de envio a Atenas e outras localidades gregas, de uma comissão encarregada de recolher legislação que se adaptasse ao estilo de vida romano; após o regresso da comissão os cônsules consultariam o Senado com vista à nomeação de um grupo de homens que elaborasse leis para Roma;(…) Em contrapartida não faltam passos em autores latinos em que se faz referência a um protótipo grego, por vezes explicitamente identificado com Sólon, com estando na base de uma*

A consequência de tal acumulação foi a miséria e escravidão das famílias e a insuportável tensão social daí resultante. Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; [57][impunha-se] o "*aligeirar do fardo* (…) [e a] *supressão das obrigações infames";* a escravidão causada pelas desigualdades na repartição da propriedade privada.

As cidades gregas e os seus legisladores perceberam a importância de reformular e alterar todos os costumes e tradições, as *Themis*[58]. Unificando-as na forma de leis (que deveriam ser tornadas) públicas, pondo termo ao direito oculto e às consequentes desigualdades. Elaborando-se leis escritas que suprimissem a autotutela (as Themis) e determinassem a efetiva propriedade privada, possibilitando o surgimento dos direitos individuais, única forma de alcançar a paz social.

Este itinerário foi percorrido, essencialmente, após 650 a. C. consubstanciou a verdadeira e efetiva possibilidade, de fato e de direito, de a todos ser dada a possibilidade de aceder à propriedade privada.

Os legisladores mais influentes da cidade de Esparta foram *Licurgo* e *Quilan*[59]. Já na cidade de Atenas, com maior destaque para *Drácon* e *Sólon*, além de Zaleuco de Locros (650 a. C), este último de existência *física* questionável[60].

---

determinada regulamentação decenviral. (...) Segundo Pompónio os emissários romanos não se teriam dirigido a Atenas, mas às cidades gregas do sul da Itália, onde teriam contactado com um certo Hermodoro de Éfeso, o qual os teria ajudado a ler e entender as leis gregas e, posteriormente, a redigir aquilo que viria a ser a Lei das XII Tábuas(...) tanto Estrabão como Pompónio se limitam a declarar que parece ter havido um certo Hermodoro que, de alguma forma, colaborou com os Decênviros. Estrabão regista que "ao que parece (dokei), este homem (= Hermodoro) ajudou os Romanos a redigir (syggrápsai) algumas leis (ou: colaborou com os Romanos na redação de algumas leis)" Idêntica incerteza demonstra o texto de Pompónio: quarum (= legum) ferendarum auctorem fuisse decemuiris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in ltalia quidam rettulerunt "alguns (autores) relataram que um certo Hermodoro de Éfeso, exilado na ltalia, teria ajudado os Decênviros na organização destas leis (= XII Tábuas.)" SEGURADO CAMPOS José António, *no tempo dos decênviros: reflexões em torno da lei das XII tábuas e suas relações com o direito grego*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, pp 298-302.

[57] Com referência aquelas obrigações que determinariam a escravidão; RIBEIRO FERREIRA; *Da Atenas do séc. VII a.c. às reformas de Sólon*, Coleção Estudos, Faculdade de letras, Coimbra Editora, 1988, p. 41.

[58] Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; "*a justiça nos tempos iniciais da polis baseava-se na tradição – na Themis – uma série de práticas transmitidas pelas grandes famílias de pais para filhos (...) limitava-se a regular a vingança na base da solidariedade familiar, degenerando, frequentes vezes em lutas sangrentas,* "*ibidem*, p, 42.

[59] Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; "*Zaleoco de Locros (...) não terá sido, porém o autor das reformas dos fins do século VII e primeira metade do VI aC, a parte mais significativa da transformação. Essas talvez se devam atribuir a Quilon, que a tradição inclui no grupo dos Sete Sábios e foi sem dúvida um legislador de grande importância na afirmação de esparta.".* Ribeiro Ferreira, *A Grécia Antiga*, Cit., *pp* 56-57)

[60] *Neste sentido*, RIBEIRO FERREIRA, *ibidem*, p, 56.

Ao presente estudo interessam, mais que a *obra* de Drácon[61] (620 a. C) as reformas de Sólon (593 a. C) e na medida em que pôs termo à tensão a que a *terra cívica* de Atenas estava submetida. Por forma a pacificar Atenas os *Eupátridas* encarregam Drácon das primeiras e rudimentares leis, *as leis de Drácon*. Seguiu-se-lhe Sólon[62].

Foi este que percebeu as razões do verdadeiro desequilíbrio social de Atenas como transversal às demais *pólis* do início do século VI a. C. Refiro-me à insuportável desigualdade entre os homens. A origem e razão das desigualdades tinha por base a acumulação que determinava a (efetiva e prática) privação da propriedade privada.

A consequência resultou plasmada nas *soluções*[63] de miséria e escravidão, de negação do individuo enquanto homem livre.

Sólon, consciente dos perigos da anarquia, da insolência e da desordem, em suma, da falta de *paz social*, percebeu a necessidade da *libertação da terra* sob pena de desagregação da *Pólis*. Tratava-se, sobre tudo, de um imperativo de justiça. Sólon, conforme relata Aristóteles[64]; aboliu as práticas conducentes à perda da propriedade e da consequente escravidão. Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; [65] "*Aristóteles refere ainda que Sólon, uma vez Arconde, aboliu as dividas públicas e privadas e proibiu que se desse o corpo como caução.*"

Atento à objetividade que se impõe ao presente estudo refere-se, sumariamente, que foi Sólon *que*:

i) Implementou o conceito de cidadão (como homem *interpares*);

ii) Limitou a quantidade de terra que cada cidadão podia titular;

---

[61] Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; *"As leis de Drácon adquiriram uma consistente reputação de severidade que ainda hoje se encontra consignada no adjetivo draconiano, existente em várias línguas. Aristóteles aponta essa severidade (Pol. 1274b 16), referindo com desdém que tais leis "não continham nada que sobressaísse, salvo medidas penais rudes " A Grécia Antiga*, Cit., pp, cit., p, 21.

[62] Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; [Sólon tornar-se-ia o] "*mais famoso dos Sete Sábios, (...) o protótipo do legislador. Poeta de ascendência nobre e de espírito aberto, Sólon foi escolhido devido à sua integridade"* Ribeiro Ferreira, *ibidem*, p 31.

[63]Em especial a enfiteuse e a hipoteca, no sentido que permitiam a aquisição da propriedade.

[64] "*Depois de se haver tornado senhor da situação, Sólon libertou o povo tanto no presente como para o futuro, ao proibir os empréstimos sob garantia pessoal. Além disso, promulgou leis e procedeu a um cancelamento das dívidas, fossem privadas ou públicas, medida que os Atenienses designam por seisachtheia."* DELFIM FERREIRA, *Constituição dos Atenienses*, Fundação CALOUSTE GULBENKIAN, 4ª Edição, 1986, pp, 28-29.

[65] RIBEIRO FERREIRA, *Da Atenas do séc. VII a.c. às reformas de Sólon*, Coleção Estudos, Faculdade de Letras, Coimbra Editora, 1988, p. 48 (nota de rodapé 22).

iii) Determinou a devolução das terras hipotecadas;

iv) Impôs o fim da escravidão por dívidas;

v) Implementou as primeiras soluções de igualdade entre os homens[66].

É nestes *tempos* (*Gregos*) *antigos* que primeiramente se percebe a relação entre direitos pessoais e a propriedade privada.

(***a lição grega***)

Foi esta a "lição grega"; a ausência da possibilidade de o homem ascender à titularidade da propriedade privada tende a determiná-lo à condição de "coisa horrível"*;* [67] escraviza-o, cumulativamente extingue a paz social e desagrega o coletivo (social – recordo que os tempo sociais são incomensuravelmente mais longos que os individuais); De tal forma que a ausência de propriedade privada (impossibilidade legal e, ou, prática) determina a própria pessoa remetida à condição da "coisa horrível", "*coisa humana*", o escravo.

A titularidade e gozo exclusivo da coisa permite a todos os homens afirmar a sua singularidade, autonomia, convicção individual e liberdade de pensamento, expressão e escolha. São estes os originários ensinamentos e primeiros contributos à nossa perceção da verdadeira natureza da propriedade privada, um direito fundamental.

Os Hebreus.

A mais influente às conceções e fórmulas romanas (também de propriedade), foi, sem dúvida alguma, a subtil mensagem hebraica [68] e seus corolários judaico Cristãos.

---

[66] A estratificação social de Atenas deixou de depender do *nascimento*. Foi criado um tribunal superior (*Hiléia*) e qualquer cidadão podia ser eleito juiz. As leis eram propostas pelo Conselho, o *Bulé,* (que era composto por elementos das quatro tribos da Ática) votadas pela assembleia (*Eclésia*).

[67] A "*coisa horrível"*, expressão que uso como sinónimo de escravo, a "*coisa humana*".

[68] Nas palavras de EDWARD MCALL BURNS; "*A origem do povo hebreu constitui um problema ainda confuso (...) A maioria dos historiadores admitem que o berço primitivo dos hebreus foi o deserto da arábia. A primeira vez que os fundadores da nação de Israel aparecem na história é, contudo, no noroeste da Mesopotâmia. Já em 1.800 a.C., segundo todas as probabilidades, um grupo de hebreus sob a chefia de Abraão estabelecera-se ali. Mais tarde o neto de Abraão, Jacó, conduziu uma migração para o poente e iniciou a ocupação da Palestina. Foi de Jacó, subsequentemente*

As suas conceções e filosofia de vida, sobretudo depois do advento (a boa nova) do Cristianismo, impuseram alterações paulatinas, mas fundamentais às originais conceções de propriedade (vigentes nos primeiros tempos da Roma) que determinavam o natural (e contemporâneo) poder direto, exclusivo e individual sobre a coisa mas que se caraterizava pelo individualismo [69]; transversal a todas as civilizações da antiguidade pré hebraica; revelaram-se, pois, fundamentais as filosofias Judaica e Cristã, muitas vezes conflituantes[70] e em busca do melhor posicionamento perante o Império.

As discretas e subtis conceções Judaico-Cristãs revelaram-se de "germinação" lenta, progressiva, paulatina, mas definitiva, de implantação férrea.

---

chamado Israel, que os israelitas derivaram o seu nome. Em época incerta, mas posterior a 1.700 a.C., algumas tribos israelitas, em companhia de outros hebreus, desceram ao Egito para escapar às consequências da fome. Segundo parece, instalaram-se nas vizinhanças do Delta e foram escravizados pelo governo do Faraó. Por volta de 1300-1250 a.C. os seus descendentes encontraram um novo líder no indómito Moisés, que os libertou da servidão, conduziu-os à Península do Sinai e converteu-os ao culto de Iavé. Até então Iavé tinha sido a divindade dos povos pastores hebreus que habitavam o Sinai". Mcnall Burns, *A história da Civilização Ocidental* Volume I, tradução de Gomes Machado e Lourdes Santos Machado, 2ª Edição, 5ª reimpressão, Editora Globo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, com nota de conformidade com a 4ª edição norte Americana, 1982, pp 138-139.

[69] Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*proprietas: relaciona-se com proprius e acentua a presença absoluta e exclusiva da res ao proprietário*, António Dos Santos Justo, Manual de Direito Privado Romano, Petrony, 3ª Edição, 2021, p. 275.

[70] A relação entre os Judeus e os Cristãos no Império Romano foi, também ela, eminentemente conflituantes. Nas palavras de MARNÔCO E SOUZA; "*Os judeus no direito romano (...) desde que triumphou o Christianismo, começaram a ser tractados com muito desfavor pela legislação. Contribuíram para isso o fanatismo religioso, (...) o modo hypocrita, disfarçado e astuto como elle procedia para com os Christãos e o Estado (...), que sempre o distinguiu no seio das sociedades. Esse desfavor manifesta-se já em várias disposições do direito romano, estabelecidas pelos imperadores Christãos. Os judeus não podiam viver, como os outros povos, submetidos aos romanos, segundo o seu direito. No Código Theodosiano diz-se terminantemente que os judeus estão sujeitos às leis romanas. Foram feridos dum grande número de incapacidades. Prohibiu-se-lhes a compra de escravos Chrístãos, confiscando-se os bens ao judeu comprador, impôs-se a pena capital, como se fossem adúlteros, aos Christãos que contraíssem casamento com judias e aos judeus que o contraíssem com Christãos (...) retirou-se-lhes o exercício de qualquer cargo publico na milícia e administração. Ao mesmo tempo foram tomadas algumas providencias no sentido de evitar que os judeus fossem vexados pelos Christãos e os Christãos fossem oprimidos pelos judeus. É assim que as constituições imperiaes punem o incendio das synagogas e das casas dos judeus, impõem a pena de furto á subtracção das suas cousas religiosas e particulares e permittem a este povo o exercício do seu culto, não podendo construir novas synagogas, mas só reparar as antigas. Por outro lado, puniam-se severamente os Cbristãos judaizantes, e os judeus que os circumcidavam, prohibia-se ao pai judeu desherdar, mesmo com justa causa, o filho convertido ao Christianismo e castigavam-se os perseguidores do judeu que abraçava a religião Christã.*" Marnôco e Souza, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular E Português*, 1910, França Amado Editor, Coimbra, pp 208-209.

Os hebreus [71] (*os que vêm do outro lado do rio*) que corresponde à denominação original dos atuais israelitas[72], impuseram uma mudança de paradigma (também) ao conceito de propriedade. Diga-se, ao direito em geral.

A alteração que, no que à propriedade privada diz respeito, fez sentir a necessidade e a legitimidade de a limitar; uma filosofia humanista.

Os hebreus acolheram o monoteísmo e afastaram-se do individualismo. A conceção de propriedade preconizada por estes povos deriva diretamente da sua mensagem filosófico humanista, proclamada nos dez mandamentos da lei de Deus, revelaram-se, para a civilização romana, com o posterior surgimento do Cristianismo[73], como a *mensagem* definitiva e derradeira[74].

---

[71] Nas palavras de LEME KABLIN; " *hebreus, que assumiram esta nominação até 1200 a. C, depois conhecidos como hoje, Israelitas, mas com intermitência histórica, a partir de 500 a. C como judeus, construíram a cidade de Jerusalém, onde a partir do seculo VII d. C Maomé pregou o islamismo aos Árabes, islamismo que também se inspirou na religião de Israel e conservou a sua principal característica, o* monoteísmo - *os muçulmanos também a consideraram* [Jerusalém] *sagrada, pois acreditam que o profeta Maomé teria partido para o reino do céu a cavalo, saindo de um promontório onde foi construída a mesquita Al Aqsa*". Leme Kablin, *História Geral do Direito*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p 107.

[72] O *antigo Israel* corresponde, também, a expressão usada na história Bíblica do êxodo; descritivo da *deportação*, após a conquista do reino de Judá pela Babilónia, entre 597 a. C, e 587/6 a. C.

[73]O Cristianismo foi acolhido no ano 380 d. C. por constituição do imperador Teodósio I; promulgado pelo Édito de Tessalónica, (o *Cunctos Populos* ou *Fide Católica*, de 27 de fevereiro de 380 d. C). No entanto, o referido édito determinou-se por pura opção política e não por conversão ao ideário Cristão. Teodósio I não fez do Cristianismo a religião oficial do Império, apenas o tolerou. É certo que pôs fim à perseguição dos Cristãos e tolerou o culto, concedeu privilégios ao clero e permitiu que os seus filhos fossem educados no Cristianismo, mas continuou a manter o culto imperial.*" Neste sentido* EDWARD MCALL BURNS, *A história da Civilização Ocidental* Volume I, tradução de Gomes Machado e Lourdes Santos Machado, 2ª Edição, 5ª reimpressão, Editora Globo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, com nota de conformidade com a 4ª edição norte Americana, 1982, p 305.

[74]É certo que foram inúmeras as causas que concorreram ao declínio e **queda do império romano**, *nas palavras de EDWARD MCNALL BURNS;" 1) a injusta política tributária que pesava mais fortemente sobre a classe média e assim desencorajava o surto de novos empreendimentos económicos; 2) o estigma social ligado ao trabalho, tendo como resultado a escolha deliberada, por milhares de indivíduos, da condição humilhante de clientes, que eles preferiam ao trabalho útil; 3) a tendência da aristocracia a excluir as massas de qualquer participação efetiva no governo, a despeito da teoria oficial de ser o povo soberano; e 4) as desastrosas pestes de origem asiática que se desencadearam em 166 e 252 d.C., despovoando partes inteiras da Itália e abrindo, desse modo, o caminho para as incursões bárbaras. A última dessas causas que deve ser adicionada, o fato de; não se cultivando as terras ao longo da costa baixa devido à concorrência do trigo das províncias, nelas se alastrou a malária. Não se pode calcular a extensão em que essa doença corroeu o vigor da raça latina, mas deve ter sido considerável."* Edward Mcnall Burns, *A história da Civilização Ocidental* Volume I, tradução de Gomes Machado e Lourdes Santos Machado, 2ª Edição, 5ª reimpressão, Editora Globo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, com nota de conformidade com a 4ª edição norte Americana.*1982*, parte 2, capítulo 10, ponto 10

Se durante a fase *arcaica* (em especial na primeira subfase *nacionalista*) se verifica a exclusiva direção patriarca do *paterfamílias*, já no *dominato* ou baixo-império, a influência Judaico-Cristã intensificou-se, impondo, em crescendo os seus princípios fundamentais. Em especial os relacionados com o equilíbrio e a razoabilidade (diversas das conceções Gregas).

A propriedade privada, sempre e já originalmente limitada pelos *mores maiorum*[75], viria a censurar os *atos vazios* de utilidade e impregnados de *animus nocendi;* aquelas atuações posteriormente (Séc. XIII) nominadas (pela Escola dos Comentadores) como os *aemulatio ictos* (conceções que franquiaram a *via* lógica-cognitiva ao atual *princípio do regular exercício dos direitos*, por via da censura ao/do abuso). Percebem-se as progressivas derivas ao individualismo original da *cidade*; esta mudança de rumo, este "plus" civilizacional terá resultado da influência do universalismo humanitário Hebraico, em resultado das conceções de "próximo", "jubileu" e "sabático", corolários claramente acolhidos e que, de forma progressiva, determinaram (em concurso com as influências epicuristas gregas) o *direito de vizinhança* no equilibro e boa-fé que se constatam nas progressivas reformas estruturais que se verificam no direito Clássico. [76]

(***O jubileu***)

Os hebreus permitiam que os terrenos e casas fossem "alienados", no entanto a "propriedade" *regressava à família* no ano do Jubileu; decorridos cinquenta anos as terras regressavam ao domínio do patriarca.

Esta solução impunha limites ao desfrute da propriedade, por um lado o titular, o patriarca, não desfrutava abusivamente da mesma. Por outro o "possuidor" não a podia alienar; e impunha-lhe uma verdadeira função de utilidade e serviço ao *próximo* (de altruísmo) impossibilitando a principal consequência da acumulação, a convulsão social e a negação do homem enquanto tal; impedindo que o mesmo (o homem) se degradasse a uma das quaisquer formas de *coisa horrível* [77] (escravo).

---

[75] *Vide infra* nota 86.

[76] Com registo cronológico contemporânea à romana (*reino de Judá*, século VI a. C) as suas gentes fizeram-se presentes em todas as civilizações da antiguidade antes referidas (na egípcia, mesopotâmica e também na romana). Em todas exerceu significativa influência.

[77] *Vide supra* nota 67.

No livro do *Numerus* (quarto dos cinco livros da Torá; primeira secção da Bíblia hebraica)[78] decorre que, nas palavras de LEME KABLIN; "*a terra dada por Jeová à tribo é sempre devolvida à família – dona originária – depois de 50 anos (jubileu)*"[79].

(***O ano sabático***)

Também o ano sabático corporizava o ideário humanista hebraico. Correspondia ao sétimo ano que, tal como o sétimo dia, o sábado (judaico) era sagrado.

Nesse sétimo ano, o ano do sábado, todas as dividas eram perdoadas.

Os hebreus perceberam a riqueza como o resultado da previsão do proprietário. Tudo vem da terra e fizeram perceber que a riqueza não pode "construir caminho" à perda da condição do homem como entidade integral e digna.

O homem, na sua única perspetiva (como ser digno e titular de direitos *originais*) resultaria invariavelmente degradado na busca do pagamento para além do (esforço) razoável; este desiderato, quando exigível de forma absoluta e impiedosa (própria do individualismo) determinaria a perda da propriedade do devedor. Por esta razão as dividas eram perdoadas: obstando, desta forma, à degradação do homem à condição de *Coisa Horrível;* ou naquela degradação do *modus Vivendi*, própria da busca do pagamento da dívida a qualquer preço; esta a fonte da despromoção do homem a coisa, em qualquer dos patamares das assinaladas indignidades, que resultam, invariavelmente, do fracasso do pagamento.

---

[78] Os cinco livros de MOISÉS - *Génesis, Êxodos, Levítico, Números e Deuteronómio*- que, em conjunto com o *livro de JESUÉ*, formaram o *velho testamento* (a Thorah para os Judeus - compilado em 451 a. C). São seis as fontes, ou, os blocos normativos hebraicos atribuídos à tradição Judaico-Cristã; o Livro da Aliança (ou o livro do Êxodo) nas palavras de LEME KABLIN; "*parece ter sido escrito ao redor do 9º século a. C. e revela um direito bastante arcaico*"; o Deuteronómio (O livro da aliança, ou o livro do Êxodo) o Código Sacerdotal (contém fragmentos do Êxodo, do Levítico e do Numerus. Nas palavras de LEME KABLIN; [composto por] "*regras relativas mais ao culto que ao direito, são talvez posteriores ao retorno do cativeiro na Babilónia*"; a Tora (A Torá (em grego o Pentateuco) corresponde aos cinco primeiros livros da Bíblia Hebraica; a *Mischná* de 50 d. C; agregada à Tora por via das lições orais dos sacerdotes; determinou-se em compilação nova e diversa a Mischná ; a Glosa Magistral, denominada de Guemará, foi duplamente considerada, por ter sido interpretada de forma diferente por duas escolas. A escola dos glosadores hebraicos (conhecida pelos glosadores *Tanims*) e pelos Talmud da Babilónia (do século VI d. C. LEME KABLIN, *História Geral do Direito*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p, 115.

[79] Neste sentido, LEME KABLIN, *ibidem*, p, 116.

(***O próximo***)

É ao pensamento Judaico-Cristão que se deve o conceito de "o *próximo*", em contraponto com o conceito, então vulgar e vigente, de "o *outro*".

É certo que a riqueza de cada um (a própria) deveria ser respeitada, não deveria ser cobiçada nem subtraída, tal como resultava (e resulta) dos mandamentos da Lei de Deus. O pensamento hebreu defendia a propriedade privada, mas "humanizou-a".

As censuras ao incumprimento deste respeito pelas coisas alheias, foram nominadas no conceito religioso de pecado; (segundo São Tomás de Aquino) eram (são) sete os pecados, as ações graves, porque capitais, que determinavam (determinam) o resultado do julgamento hebraico (judaico) pós-morte, *o destino da alma*.

A propriedade privada (note-se que) era protegida, inclusive, ao nível volitivo; (pela) censura à cobiça da coisa alheia a que corresponde ao pecado de *inveja*.

Por sua vez o proprietário deveria perceber a sua riqueza como própria e individual, mas impunha-se-lhe o desfrute de forma limitada, respeitando os demais, afastado do egoísmo e individualismo próprios de usos primitivos (dos etruscos[80]).

Entre outros, tais limites resultaram corporizados pela censura dos pecados da *avareza e da gula*.

Como é consabido, da mensagem filosófica judaica derivaram as diversas culturas religiosas contemporâneas (*Cristã, Muçulmana, Ortodoxa, Protestante e outras*). Estas, hoje disseminadas pelo mundo, transportam a *mensagem* própria (a cada uma delas) de respeito pelo próximo.

Para tanto o *outro* resulta aproximado.

Os limites do desfrute percebem o *outro* que é próximo e que, portanto, deve ser respeitado (porque *próximo*).

A propriedade própria não deve ser desfrutada de molde a prejudicar (de forma inútil) os que são próximos.

Estes, o *próximo*, são os confinantes e os vizinhos e é neste conceito hebraico que radica a origem, base ao desenvolvimento do direito de vizinhança (inicial e) paralelamente estabelecido pelos *mores maiorum* (aquelas regras e usos sociais) conjugadas com as antigas normas (as leis do Rex – Concílios Centuriados-compiladas no denominado o *ius Papirianum*)

---

[80] *Vide infra* nota 106.

Em suma; a influência hebraica "humanizou a propriedade", impôs influências, (moderando as iniciais conceções etruscas); as influencias hebraicas (primeiro) e Cristãs (posteriormente) afastaram (subtilmente e em crescendo) o nascente Direito Romano das conceções individualistas; para tanto alargaram as fronteiras do entendimento romano e legitimaram os limites humanistas (de o próximo) ao desfrute, [81] em verdadeira *adenda* aquele original e secular *pacto social*, primeiramente exibidas ao "mundo mediterrânico" pelas influências religiosas egípcias e mesopotâmicas.

Em resultado das referidas influências e das soluções próprias "curtidas" pelos longos tempos de validação e sabedoria (aquela pesada porta que só os tempos efetivos franqueia); o direito romano, na sua fórmula final, que se percebe em efetiva *supervivência*, ofereceu ao mundo (também) o instituto da propriedade com fórmulas equilibradas; uma *propriedade* limitada, composta por soluções práticas e sustentadas na justiça efetiva.

3. **Propriedade Romana** *(considerações gerais, prévias e introdutórias)*

3.1 ***Prévio***

Foi o pensamento romano que instituiu a propriedade com as caraterísticas de exclusividade e poder direto e limitado que hoje identificamos no instituto.

Como já sobejamente referido; o pensamento jurídico (romano) sustentou-se, *ab initio*, no aglutinado de influências mediterrânicas (suas contemporâneas) ao que acresceram as soluções próprias, as resultantes do genial sentido prático e senso de justiça dos seus jurisconsultos. Reitera-se; as influências foram múltiplas (de diversos

---

[81] No século VI a. C, na cidade de Roma, as conceções próprias da *etrusca disciplina* e dos *mores maiorum* não era humanista, mas sim individualista. O individualismo romano foi próprio e caraterístico da fase *arcaica*. Ao contrário das conceções *hebraicas* (*Jubileu; sabático e próximo*) as dividas não eram perdoadas. Ocorria precisamente o inverso, operava o ***Nexus*** e o devedor era escravizado. O homem livre por se ter obrigado para com outro em virtude de um contrato de ***Nexum***, que não lograsse cumprir a sua obrigação, poderia ser objeto da ação legal de *manus iniectio* tornando-se escravo do seu credor; o devedor era conduzido *atado de mãos* a casa do credor onde deveria trabalhar para pagar a sua divida, mantinha a sua situação de homem livre; transcorridos sessenta dias e após ser vendido perdia a condição de homem livre. Neste sentido, (Nexus e Nexum) ALVIS Y ARMÁRIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, REUS, 3ª edição, Madrid, 1982, p 484.; *vide infra* nota 143.

povos) e abrangeram todos os níveis do conhecimento; destacando-se as influências gregas[82] e as hebraicas.

[82] Essencial às conceções de propriedade e a sua evolução, (limitações) será a compreensão, ainda que em abstrato e de forma muito sintética da forma como se percebia o homem no mundo nas civilizações clássicas (grega e romana). O pensamento jus filosófico grego era teorizado; referem-se sumariamente as principais correntes; sofistas, epicuristas e céticos; para os *sofistas* o direito correspondia às leis, à expressão do interesse dos mais fortes, percebiam o direito como criação arbitrária e, portanto, seria o que os mais fortes quisessem que fosse. Já com o império (Alexandre o grande, III da Macedónia – século IV aC) surge o homem *enquanto animal político*, emergem *epicuristas* e os céticos. Os *epicuristas* percebem o direito como prévio ao próprio Estado. O Estado não resultava da ordem natural das coisas, antes de um contrato através do qual os homens lhe transferem os seus poderes. Os *epicuristas* não atribuíam relevância ao direito natural. Esta forma de direito correspondia a visão irrelevante, advogando o positivismo puro. Os *céticos* iam mais longe, afirmavam que o direito *natural* não existe, apenas o positivado. Naturalmente que, sendo "céticos", todos os conceitos positivados seriam relativos, devendo ter-se em conta os juízos de probabilidade em percurso *de "erro e correção"*. Em comum todas estas correntes jus filosóficas percebem o direito como ilimitado, não transcendente, apenas sujeito à vontade de quem detêm o poder.
Por sua vez, o pensamento jurídico romano era eminentemente prático, ao contrário do grego; nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*porém não deixaram de* [determinar] *(...) influência do* [no] *pensamento grego. O estoicismo está presente na conceção de direito natural fundamentalmente ético, que reconhece a liberdade e igualdade dos homens, como clamava Séneca (...) o acolhimento da fides, do officium,*[O *officium*, em grego a *kathekon* de Zenão *de Citio*, correspondia à regra do comportamento adequado] *da humanitas e da amicítia (...) a jurisprudência romana não ignorou a conceção aristotélica de direito natural"* (António Dos Santos Justo, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra Editora, 2014, pp, 22;34)*;* O estoicismo foi uma corrente filosófica (helenística); nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; "*para o grego, o agir de forma emocional, violenta, excessiva e pela força é próprio de um Bárbaro e está em desacordo com o modo de atuar de um Heleno*." Ribeiro Ferreira, *Da Atenas do séc. VII a.c. às reformas de Sólon*, Coleção Estudos, Faculdade de Letras, Coimbra Editora, 1988, pp 17- 18; A conceção estoica afirmava que os erros de julgamento são a causa das emoções violentas. Perceber a influência do pensamento grego na civilização romana nascente, *na cidade*, no seu modo de pensar, o ideal de vida e conformação individual, permite a exata perceção do que terá sido o estóicismo romano. Neste particular, pela sua clareza e síntese, as palavras de EDWARD MCNALL BURNS; "*O estoicismo era então a filosofia dominante entre os romanos. Ainda persistia a influência do epicurismo que se exprimia de quando em quando nas obras dos poetas, mas deixara de ser popular como sistema. As razões do triunfo do estoicismo não são difíceis de ser apontadas*. (…) [valorizava o] *dever, a autodisciplina e da sujeição à ordem natural das coisas, coadunava-se com as antigas virtudes dos romanos e com os seus hábitos conservadores. Além disso,* [insistia] *nas obrigações cívicas e sua doutrina de cosmopolitismo* [o que] *tocavam diretamente a mentalidade política romana e o orgulho dum império mundial. Por outro lado, o epicurismo era demasiado negativista e individualista para se harmonizar com as tradições coletivistas da história romana. Parecia não somente repudiar a ideia de qualquer finalidade no universo*, (…) [negava, inclusive] *o valor do esforço humano. Uma vez que os romanos eram* [sobretudo] *homens de ação que pensadores especulativos, o ideal epicurista do filósofo solitário, mergulhado no problema de sua própria salvação, não podia atraí-los em definitivo. É preciso notar, no entanto, que o estoicismo desenvolvido* [já nos posteriores] *nos dias do Principado era algo diferente do de Zenon e de sua escola. As antigas teorias físicas tomadas de Heráclito tinham sido repudiadas e um interesse mais amplo pela política e pela ética tomara-lhe o lugar. Havia também, no estoicismo romano, certa tendência a assumir um sabor mais caracteristicamente religioso do que se observava na filosofia original. Três apóstolos eminentes do*

As influências das conceções próprias da Grécia antiga no direito romano (em especial no direito arcaico nacionalista) percebem-se nas próprias *Leis Decenvirais* (resultado das convulsões sociais de 450 a. C.[83])

---

estoicismo viveram e ensinaram em Roma nos dois séculos que se seguiram ao governo de Augusto: Sêneca (3 a. C. a 65 d. C, (...); Epicteto, o escravo (60? - 120); e o imperador Marco Aurélio (121-180). Todos eles concordavam em ser a serenidade íntima o fim último a desejar e em que a verdadeira felicidade só pode ser encontrada na submissão à benevolente ordem do universo. Pregavam o ideal da virtude pela virtude, deploravam a depravação da natureza humana e incitavam a que se obedecesse à consciência como voz do dever. Séneca e Epicteto adulteraram [a] sua filosofia com anseios tão profundamente místicos, que quase a tornaram uma religião. Adoravam o cosmos como algo de divino, governado por uma providência todo-poderosa que ordena tudo, o que acontece visando um fim superior. A submissão à ordem da natureza equivalia, assim, à (...) harmonia com a vontade de Deus e era, por conseguinte, concebida como um dever religioso. O último dos estoicos romanos, Marco Aurélio, era mais fatalista e alimentava menos esperanças. Embora não rejeitasse a conceção de um universo ordenado e racional, não partilhava nem a fé nem o dogmatismo dos primeiros estoicos. Não confiava numa imortalidade bem-aventurada para equilibrar os sofrimentos dos homens na vida terrestre. Vivendo numa época melancólica, inclinava-se a conceber o homem como uma criatura maltratada pela sorte e para quem não servia de consolo a perfeição do cosmos. Não obstante, insistia que os homens deviam continuar a viver nobremente, não se abandonando a uma sensualidade grosseira nem prorrompendo em irritados protestos, mas extraindo a maior satisfação possível duma digna resignação ao sofrimento e da tranquila submissão à morte. As realizações literárias dos romanos ligavam-se diretamente à sua filosofia, o que é particularmente manifesto nos trabalhos dos escritores mais notáveis da época de Augusto. Horácio, por exemplo, nas suas famosas Odes, serve-se com abundância dos ensinamentos tanto dos epicuristas como dos estoicos. Limitou-se, no entanto, ao interesse pelas doutrinas no que diziam respeito à conduta da vida, pois, como a maioria dos romanos, tinha pouca curiosidade de conhecer a natureza do mundo. Desenvolveu uma filosofia que combinava a justificação epicurista do prazer com a bravura estoica em face da adversidade. Embora nunca reduzisse o prazer a uma mera ausência de dor, era bastante atilado para saber que só é possível experimentar o mais alto prazer pelo exercício do controle racional. "(Mcnall Burns Parte 2- Cap. 8. Ponto 6; parte 2, cap.10, ponto 5.); A referência primeira dos romanos foi o pensamento grego (as origens são, precisamente, os povos Etruscos) e, naturalmente, o resultado da *filosofia e pensamento* grego não pôde deixar de imprimir soluções jurídicas fortemente influenciadoras à fase *arcaico nacionalista* de direito romano e suas conceções de propriedade. Os costumes, leis e filosofia gregas alicerçaram o pensamento da cidade romana. No entanto, a evolução do direito romano foi abandonando, desde muito cedo, tais influências. As soluções romanas eram práticas e, como sabido, em crescendo, aderiram às conceções judaico-Cristãs. Conclui-se referindo que o pensamento jus filosófico grego influenciou o pensamento jurídico romano; os principais "poetas" e filósofos gregos foram Sócrates, Platão e Aristóteles. Para Aristóteles, tal como para Sócrates e Platão, o Estado determinava o homem e o direito, a lei era perfeita se harmoniosa com a natureza das coisas -idealismo naturalista - mas, sobretudo, a lei deveria ser justa. O ideário de justiça era percebido a dois níveis (distributiva e sinalagmática) a Justiça distributiva (vertical) pois o Estado deveria cuidar dos cidadãos de acordo com as necessidades e mérito de cada um; a Justiça sinalagmática (horizontal) *interpares*; o Estado deveria administrar a justiça entre os cidadãos. Deve-se a Aristóteles o conceito de *equidade* (a justiça do caso concreto) segundo a qual o julgador deveria determinar-se pela consciência e justiça na concreta lide. Aristóteles concebia o *direito natural* como o *fiel* que determina a harmonia da regra com a natureza das coisas.

[83]As convulsões que se referem surgiram em resultado do descontentamento da Plebe, pelo tratamento desigual que resultava do direito oculto, do sistemático favorecimento dos Patrícios, por parte dos sacerdotes que administravam a justiça; em suma pela impossibilidade prática de acesso à

Os *mores maiorum* (primeiro) em conjunto com as Leis das XII tábuas, compuseram as primeiras fontes à limitação do direito de propriedade no período arcaico nacionalista romano.

A análise de alguns aspetos do direito romano[84] tem um objeto finalista e claro; a perceção da *ratio* às limitações do direito de propriedade previstas no nosso atual regime jurídico. Impõe-se assim, como prévio, uma brevíssima referência às caraterísticas, natureza, formas e conteúdo da propriedade romana[85], pois as atuais limitações ao direito de propriedade só se percebem, verdadeiramente, na sua origem.

---

propriedade, aos cargos de decisão e governo. Nas palavras de ANTONIO DOS SANTOS JUSTO "*a romanística atual aceita o relato da tradição segundo o qual a redação da Lei das XII Tábuas passou pelas seguintes fases: lª: Descontentes com a interpretatio dos costumes (mores maiorum) feita pelos sacerdotes-pontífices, todos patrícios, que os tratavam quase sempre desfavoravelmente, os plebeus passaram a exigir que tais costumes fossem fixados numa lex scripta. Procuravam, assim, que fosse consagrado um regime de igualdade;2ª A insatisfação foi crescendo e tornou-se insustentável. Senhores do governo da civitas e da administração da iustitia, os patrícios enviaram a Grécia, no ano 452 aC, uma comissão de três homens para estudar as leis de Sólon; 3ª : Regressados a Roma um ano depois (451 a.C.) com os elementos recolhidos e estudados, o povo reuniu-se nos comícios das cúrias e das centúrias e nomeou uma magistratura extraordinária constituída por dez patrícios, a quem foram concedidos plenos poderes e formulada a exigência de fazerem o código desejado; 4ª : Nesse ano, os decenmviri governaram a contento do povo e redigiram 10 tábuas que foram aprovadas nos comícios das centúrias; 5ª : A insuficiência dessas tábuas determinou que, no ano seguinte (450 aC), fosse constituído um novo decenvirato, agora composto por patrícios e plebeus. Governaram com profundo desagrado, foram expulsos por uma revolta popular e, em consequência, as duas tábuas que, entretanto, tinham redigido, não foram aprovadas; 6ª: Restabelecidas as magistraturas normais, em 449 a.C. os cônsules Valério e Horácio mandaram afixar no Fórum as XII Tabuas: as primeiras dez já aprovadas; e as duas últimas que o não chegaram a ser. Se a tradição é questionável, certo é que a partir de meados do século V a. C, Roma passou a ter um código a que Tito Lívio chamou, numa expressão lapidar, «fons omnis publici privatique iuris». As XII Tabuas terão sido destruídas no incêndio de Roma aquando da invasão dos Gauleses, em 390 a. C; e reconstituídas no ano 387 a. C. Conhecemos apenas cerca de uma terça parte e CICERO diz-nos que, no seu tempo de criança, a Lei das XII Tábuas era aprendida de cór, nas escolas*. [esclarecendo também as principais semelhanças e diferenças entre as leis de Sólon e as XII tábuas]". António Dos Santos Justo, *Notícias, HVMANITAS LII (2000), as leis de Sólon e das XII Tábuas, a propósito do livro da VIDA DE SÓLON, traduzido e comentado por Delfim Ferreira Leão*, disponível na internet, https://www.uc.pt/fluc/eclassicos/publicacoes/ficheiros/ humanitas 52/14 _not.pdf pp, 323-324.

[84] Sobre a importância do estudo do direito romano, SEBASTIÃO DA CRUZ; [cita CABRAL DE MONCADA] "*que publicou* (…) *um bem sugestivo comentário a Koschaker, Die Krises des Römichen Rechts und die Rechtswissenschaft, (Berlin, 1934) intitulado «Atual Crise do Romanismo na Europa em Boletim da Faculdade de Direito 16 (1939-40) 246-253 e 551-553 e 19(1942-43,) 456 em que proclama*; «*O direito romano deve ser estudado e ensinado, não como mera manifestação de uma vida passada e morta; não como pura objetivação de um pensamento-pensado e também morto; mas como emanação de um pensamento sempre vivo, de uma vida, por assim dizer, vivente*.» Sebastião Da Cruz, *Atualidade e Utilidade Dos Estudos Romanísticos*, Coimbra, 3ª Edição, 1985, p. 10.

[85] Não se pode olvidar que o direito romano constitui o farol orientador aos atuais sistemas jurídicos ocidentais. A principal razão reside na harmonia das soluções e na justiça que impede o seu desuso. Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*os juristas prestam culto à justiça (...)muitos*

(***mores maiorum***)

As limitações originais vislumbraram-se nos *mores maiorum*[86]. Estes correspondiam ao verdadeiro costume romano; àquelas práticas que delimitavam a propriedade, *o exercício de cada um sobre a superfície da terra romana, os fundi*.

Impõe-se, assim; "*perceber de onde vimos, pois só desta forma saberemos para onde vamos*".

3.2 - **Caraterísticas da propriedade romana.**

A expressão *direito romano* é muito abrangente[87]. Esta abrangência deve ser assinalada por forma a evitar o erro comum de o criticar e desconsiderar.

---

princípios do direito romano estão em perfeita harmonia com a reta razão e, por isso, formam como que uma filosofia jurídica perene (...)o direito romano ajuda à preparação do jurista moderno". Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*não é, porem um direito meramente histórico. Repetimos, não é um direito morto «É a emanação de uma vida, por assim dizer, vivente», como lhe chamava CABRAL DE MONCADA. Por isso é ensinado em todo o mundo.*" Sebastião Da Cruz, *ibidem*, p. 3;

[86] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*Mores Maiorum é uma expressão antiquíssima (...) usada para exprimir a ideia de costume, significa essencialmente a tradição de uma comprovada moralidade, este é o verdadeiro costume Romano - uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como norma e como fonte de norma, nas suas relações recíprocas,* ***principalmente delimitando o exercício de cada um sobre a superfície de terra romana****, quer dizer, uma regra distribuidora(...) quando se fala de mores (e até de instituta) maiorum, não se deve pensar num direito que nasce espontaneamente do tacitus conssensus (...) visto que para os romanos os princípios novos (as novas regras, segundo novas necessidades) derivavam dos antigos "* Sebastião da Cruz *IUS. Derectum (Directum)- HVMANITAS – Direito Romano*, vols. XXIII e XXIV, 1984, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Clássicos,1971, p, 170; sobre *mores maiorum* no sentido de costumes usos e condutas reiteradas, constitutivas de uma fonte de direito romano desde os mais remotos tempos vide D 1,1,9; D1,3,32; D 23,2,8; Por sua vez os *mores gentium* correspondiam aos usos e costumes observados dentro de determinado núcleo gentilício; As expressões *mores graviores* e *mores leviores* são distintas, não correspondem a qualquer tipo de costume mas sim de conduta e hábitos individuais dos cônjuges. Os *mores graviores* correspondiam aquelas condutas graves, às faltas graves cometidas por um dos cônjuges, por exemplo o adultério e que permitiam a dissolução do matrimónio, justificando as denominadas penas pecuniárias e retenções dotais, as *retentiones propter mores, Cf.* Ulp. 6,9,12. *Por sua vez os mores leviores* percebiam-se nas condutas repreensíveis, relevantes, mas de gravidade ligeira, cometidas durante o matrimónio por um dos cônjuges *Cf.* Ulp. 6, 9, 12

[87] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "[expressão] *muito vaga* (…) *que pode ser tomada em três sentidos* [rigoroso, amplo e muito amplo] (…) *stricto senso* (…) *o conjunto de normas jurídicas que vigoraram em Roma e nos seus territórios desde o início (753 a. C*). (…) *até à morte de Justiniano, em 565* (…) *lato sensu, é* [corresponde] *a tradição romanista: abrange o período de 14 séculos (sécs.VI-XX) mas sobretudo o período que vai desde o fenómeno «da receção do direito romano»* (…) *até aos nossos dias. É o mesmo ius romanus, enquanto vigente noutros povos e territórios, embora com algumas alterações* (…) [e]*o direito romano, «sensu latíssimo» que compreende tanto (...) direito romano, stricto sensu como a tradição romanista (direito Romano, lato sensu)"* SEBASTIÃO DA CRUZ, *Derectum (Directum)- HVMANITAS – Direito Romano Cit.*, pp. 34-38

Assinala-se que a propriedade foi verdadeira e originalmente regulada pelos jurisconsultos romanos, o *Ius Romanum stricto senso*[88] e, no essencial, resultou acolhido pela nossa ordem jurídica[89]. É dizer, pela influência romana (*Ius Romanus*

---

[88] Aquele direito que vigorou nos territórios de Roma e que, nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*na sua versão mais desenvolvida, fundamentalmente, encontra-se hoje no chamado Corpus Iuris Civilis (...) ordenada pelo imperador Justiniano*" SEBASTIÃO DA CRUZ, *ibidem*, p. 35.

[89] Sobre a evolução da nossa ordem jurídica, em especial no marco histórico que consubstanciou o termo da aplicação subsidiária do direito romano *«sensu latíssimo»*, faz-se referência às palavras de GUSTAVO CESAR CABRAL; " [em Portugal] *a lei foi utilizada desde tempos bem anteriores e com muito mais frequência do que em outras regiões; exemplo disso foi o Liber Iudiciorum ou Lex Visigothorum, compilação de leis visigóticas do século VII, assim como as próprias Siete Partidas, finalizadas em 1265, durante o reinado de Alfonso X de Castela* (…) *aplicadas em Portugal. Precoce também foi a atividade legislativa própria de Portugal. As Ordenações Afonsinas, primeiro corpo de leis essencialmente português, apareceram em 1446; tratavam-se, em verdade, de uma compilação de leis e não de um código com leis novas, isso só indica ser ainda anterior ao século XV a utilização das leis como fonte do direito. A elas, às Ordenações Afonsinas, seguiram-se as Manuelinas (1521) e as Filipinas (1603). As leis das quais se tratou eram os atos dos soberanos, cujas principais características eram a generalidade e a destinação a todos os súditos ou a uma parte deles. Estava intimamente ligada à ideia de iurisdictio, que, antes do século XVIII, correspondia à titularidade do poder de aplicar e de produzir direito, seja a produção anterior ou concomitante com a aplicação* (…) *Mas o termo latino lex, ao qual se faz a correspondência com a ideia de lei, era bem mais amplo no setecentos: compreendia os atos legislativos do soberano, o direito romano, os costumes e a legislação estatutária* (…) *Mais próximo estava da ideia de fonte do direito* (…) *No começo do século XVIII, a principal referência legal portuguesa eram as Ordenações Filipinas* (…)*seguiram a tradição inaugurada pelas Ordenações Afonsinas de se privilegiar o direito pátrio, nascido internamente em Portugal; igualmente, previa o que se convencionou chamar direito subsidiário, aquele que seria aplicável nos casos em que o direito principal, o pátrio, não poderia ser utilizado. As hipóteses de emprego do direito subsidiário, contudo, eram tão extensas que há autores, como Paulo Ferreira da Cunha que se posicionam por uma ligeira falseabilidade dessa subsidiariedade: as hipóteses em que cabia o direito subsidiário eram tão frequentes que estaria descaracterizada a própria de ideia de que seriam supletivas. O Título LXIV do Livro Terceiro das Ordenações Filipinas indica as fontes do direito: leis, estilos da Corte e costumes; subsidiariamente,* ***o direito romano****, o direito canónico e a doutrina, em primeiro lugar as Glosas de Acúrsio e, em segundo, as de Bártolo. Caso ainda assim não se resolvesse o problema, cabia a interpretação autêntica, por decisão do próprio Rei, já que atuava como legislador* (…) A Lei da Boa Razão foi publicada em 18 de agosto de 1769 pelo rei D. José I, tendo como principal objetivo reformular as matérias concernentes às fontes do direito em Portugal, bem como fornecer um critério seguro e objetivo sobre o que seria a boa razão sobre a qual se referiram as Ordenações Filipinas quando a estabeleceu como critério à aplicação do direito romano (…) *Com a Lei da Boa Razão, a doutrina deixou de ser fonte do direito, ainda que subsidiária. O referido diploma não se contentou em retirar-lhes a autoridade, tecendo-lhes duras críticas e afirmando que eles teriam sido destituídos da instrução da história romana, elemento fundamental para entender os textos jurídicos romanos, não conheceriam perfeitamente a filologia e a língua latina e estariam desprovidos do conhecimento das regras fundamentais do direito natural e do direito divino que cercariam a boa razão. Seus juízos seriam vagos, errantes e contrapostos à boa razão* (…) *O uso dos costumes, antes reconhecidos e utilizados como fonte subsidiária, não cessou com a Lei da Boa Razão. Eles continuaram a figurar entre as fontes do direito; entretanto, com a nova lei, sofreram severo disciplinamento* (…) [condicionados] à *aplicação a três critérios legalmente estabelecidos* (…) *No primeiro deles,*

lato sensu), a *tradição romanista* que preside, de forma inegável, ao pensamento e conceções do nosso (atual) direito.

(***a propriedade romana***)

A propriedade (romana) nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [90] "*o próprio vocábulo é variado. Encontramos, cronologicamente, as palavras (…) mancipium ou mancupium (derivado de manus), designa o poder (potestas) sobre pessoas e coisas;(…) dominium; terá surgido nos últimos tempos da Républica e refere o poder ou a faculdade do proprietário; proprietas; relaciona-se com o proprius e acentua a pertença absoluta e exclusiva da res ao proprietário*".

O conceito de propriedade romana, desde a sua generalização, sempre correspondeu ao direito de desfrute, em concreto aos poderes de usar, possuir, fruir e dispor. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [91] "*poder-se-á definir a propriedade romana como poder de usar (utendi), fruir (frudendi), possuir (possidendi) e dispor (habere) de uma coisa corpórea, dentro dos limites legalmente considerados*".

(***características***)

A propriedade fundiária romana, na formação, no início do período arcaico nacionalista, apresentava quatro caraterísticas *essenciais;*

i) *Confinidade;* porque a porção de terra que constituía o *fundus* era limitada por um espaço (de natureza sagrada) de cinco pés que o ladeava,

ii) *Absorvência;* o *fundus* absorve tudo o que nele se incorpora.

iii) *Imunidade;* originalmente os *fundi italicus* não tinham encargos, fossem eles públicos ou privados.

---

subordinam-se os costumes às "mesmas boas razões", colocando-lhes em conformidade com o restante da lei e ligando-lhes às ideias acima mencionadas do que seria a boa razão. O segundo requisito condiciona a existência de costumes à inexistência de contraposição às Leis pátrias, o que indica a proibição do costume contra legem. Por fim, no último requisito, o mais difícil de ser alcançado: o de "ser tão antigo, que exceda o tempo de cem annos" (…) (Gustavo César Machado Cabral, *A Lei Da Boa Razão E As Fontes Do Direito: Investigações Sobre As Mudanças No Direito Português Do Final Do Antigo Regime*, Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010; disponível na internet in www.publicadireito.com.br.

[90] António Dos Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, Petrony, 3ª Edição, 2021, p, 275.

[91] António Dos Santos Justo, *ibidem*, pp, 275-276.

iv) Perpetuidade; do *fundus* que correspondia à impossibilidade da constituição de propriedade temporária.

Estas eram as quatro caraterísticas originais dos *fundi* na formação da cidade. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[92] "*estas caraterísticas não foram insensíveis à evolução histórica da propriedade romana. A confinidade foi-se esbatendo; a absorvência perdeu eficácia; a imunidade cessou com Diocleciano que sujeitou os fundi itálicos a impostos; e ao lado da perpetuidade surgiu, na época de Justiniano, a possibilidade de a propriedade se constituir (ad tempus)*".

3.3 – **Natureza da propriedade romana.**

Como referido, perceber a natureza da propriedade romana corresponde à sua pré-caraterização e à perceção das *bases fundacionais* da nossa (atual) conceção de propriedade. Em especial à fórmula positiva consagrada na primeira parte do artigo 1305º do Código Civil; "o *proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos.*"

Questão fundamental será a sua limitação originária. A referência será a propriedade fundiária, os *fundi*[93] *italicus*.

(***a natureza limitada da propriedade romana***)

Creio que não será arriscado afirmar que a propriedade privada romana, desde a fundação da cidade[94], sempre foi limitada e por razões de ordem diversas.

---

[92] António Dos Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano, Cit.,* p. 276.

[93] O *fundus* era, originalmente, um local sagrado; delimitado e protegido pelos *deuses do termo* e pelas cinzas do *fogo sagrado*. Era nele que se sepultavam os mortos. O *fundus* romano absorvia e incorporava tudo o que nele se encontrasse implantado e era imune, pois o *tributum*, originalmente era pessoal e não patrimonial.

[94] Roma foi fundada em 753 a. C. O império romano (ocidente) caiu perante as invasões bárbaras de 465 d. C. Os períodos da história de Roma são quatro, a realeza, a república, alto Império ou principado e baixo-império ou *dominato*. No período da Realeza, convencionado entre 753 a. C. a 510 a. C, a cidade de Roma formou-se por um processo de integração de povoados latinos, vizinhos, nas sete colinas junto ao rio *tiberis*, atual Tevere (Tibre), em rotas comerciais privilegiadas. Também Roma foi, *ab initio,* uma *civita*s, uma cidade Estado. Nos primeiros quatro séculos, em especial, *viveu* intermináveis e constantes guerras. A população era agressiva e carecia de novos territórios, nas palavras de EDWARD MCNALL BURNS; "*essa é a causa que parece ter determinado as guerras com os volscos e équos no começo do século V* [a. C] (…) *teve que lutar com a poderosa cidade etrusca de Veios, localizada a pequena distância ao norte, no outro lado do Tibre* (…) *Os romanos tiveram depois de haver-se com as revoltas de certos povos anteriormente dominados, como os équos,*

Não será possível afirmá-la como ilimitada.[95] Potencialmente tê-lo-á sido, mas, efetivamente, nunca o foi. Neste sentido ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [96] [refere que]; "só *potencialmente é possível falar de propriedade ilimitada e exclusiva, porque vários foram os seus limites que, determinados por vários fatores – religiosos, políticos, económicos, etc… e variaram consoante as diferentes épocas do direito romano* ".

Também Marnôco e Souza (já em 1910) nos esclarece que a propriedade romana nunca foi ilimitada. Nas palavras de MARNÔCO E SOUZA; [97] "*é certo, porém, que também foram impostos deveres à propriedade pelos romanos. Estes deveres não podem deixar de ser maiores no nosso tempo por causa da exigência das modernas condições sociais, mas já no direito romano se encontram sancionados, em virtude das limitações que elle estabelece ao direito do proprietário. É certo que as fontes dão ao proprietário o jus utendi et abutendi da apropria cousa, mas daqui não se pode concluir que haja o direito de abusar della, pois as fontes ajunctam quatenus júri ratio patiatur e a maior parte das vezes referem o abuti precisamente das cousas de que se não poderia tirar utilidade se não consumindo-as. Isto é, às cousas quade in abusu consislunt*."

---

os volscos e várias outras nações latinas (…) *Sucederam-se, até 265 a. C., novas guerras que pareciam intermináveis. Roma conquistara toda a planície itálica*." Mcnall Burns, *A história da Civilização Ocidental,* Volume I, tradução de Gomes Machado e Lourdes Santos Machado, 2ª Edição, 5ª reimpressão, 1982, Editora Globo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, nota de conformidade com a 4ª edição norte americana. Parte 2, capítulo 10, ponto 3; A monarquia romana "levava os homens para a guerra", os campos eram negligenciados *e* as famílias eram determinadas pela figura do *paterfamílias*. Roma era governada pelo Rex. O primeiro foi Rómulo, um latino que governou de 753 a. C a 716 a. C.O Rex era o chefe supremo, representava o povo junto dos deuses porque investido de *potestas* divina. Os *augures* dos deuses eram interpretados pelos sacerdotes segundo as crenças etruscas do *livro de Aqueronte*. O rei era aconselhado pelo *Senex* de anciãos, o Senado em todas as questões, em especial nas de guerra e tratados.

[95]Os *mores maiorum* impunham a limitação (*vide supra* nota 86); acrescem as "expropriações" a apropriação pública dos *fundi* correspondia a uma prática comum. Resultava das deliberações do Senado. É certo que os romanos não criaram uma teoria da expropriação pública, tal como a conhecemos hoje; mas os romanos não criavam teorias, antes resolviam os problemas de forma eficaz e prática, sobretudo de forma justa. Os decisores públicos romanos, com autorização do Senado e, por atos de autoridade, podiam "*expropriar"* os *fundi* urbanos ou rústicos. Esta atuação verificou-se *ad nausea*, vezes sem conta e ocorreu sempre e quando resultasse do interesse público efetuar obras (públicas); neste sentido, entre outros, ÁLVARO D`ORS, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 209.

[96] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica,* 26, Coimbra Editora, 1997, pp, 29-30

[97] Marnôco E Souza José, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular e Português*, França Amado Editor, Coimbra, 1910, p, 40.

Mas a limitação da propriedade romana, imediatamente após a formação (753 a. C) vislumbra-se, de forma incontornável, nas práticas (etruscas) dos fundadores, os *mores maiorum*. Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; [98] "*este é o verdadeiro costume romano – uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como normas e como fonte de normas nas suas relações recíprocas, principalmente* ***limitando o exercício de cada um sobre a superfície da terra***".

Os *mores maiorum* serviram (também) à regulação da propriedade. Limitavam-na e regulavam as questões de vizinhança.

Ou seja, já os *mores maiorum*, (com origem nas práticas anteriores à fundação, bem como os conceitos anteriores, de *mos* e *usus*) limitavam a propriedade nos *tempos* da fundação de Roma. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [99] "*o direito de propriedade é assim absoluto e ilimitado no seu conteúdo, isto não quer, porém, dizer que o seja no seu exercício. Mas quanto a este (...) as limitações que sofre são a princípio, em pequeno número, representando, não o efeito de um critério geral sobre a função e a utilidade social de um direito, mas o resultado das exigências inadiáveis impostas ao proprietário pelas relações de vizinhança e pelo interesse Público*."

(***A origem da propriedade romana***)

Questão acessória à natureza, mas sua definidora, será a origem privada ou coletiva da propriedade romana.

Alguns autores afirmam que nos primeiros tempos da cidade de Roma a propriedade seria coletiva[100]. Permito-me apresentar algumas (bastantes) reservas a esse entendimento.

---

[98] Sebastião Da Cruz, *IUS. Derectum (Directum)*- HVMANITAS – Direito Romano. Volumes XXIII e XXIV, 1971, p. 169; *Vide supra* nota 86.

[99] Luís Cabral De Moncada, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, Coimbra Editora, 1923, p 83.

[100]Entre outros (os autores angolanos) ANA RODRIGUES e RAUL RODRIGUES, referem expressamente que (**nas palavras destes**) "na *origem terá existido a propriedade coletiva sobre as res, a mancupium ou mancipium (forma da titularidade do paterfamilias sobre as coisas) a primeira refere-se à res que podia ser alienada; a segunda vedada à possibilidade da res ser objeto de negócio*" RODRIGUES, Raul, RODRIGUES, Ana, *Direito Romano*, Escolar Editorial, Lobito, Angola. 2014, pp, 27-29.; para tanto fazem referência, entre outros, a Max Kaser e Fustel de Coulanges. Aqueles autores concluem que [no início da fase arcaico nacionalista] "*naquela fase inicial a propriedade era familiar, isto é, coletiva*". Permito-me não acompanhar o sentido pretendido com estas conclusões. Desde o início da fase arcaico nacionalista que a propriedade dos *fundi* correspondia aquele desfrute privado exclusivo do *paterfamilias* e não a qualquer forma de desfrute coletivo. Creio não ser de

aceitar que se afirme resultarem dos ensinamentos de FUSTEL DE COULANGES ou, MAX KASER referência expressa que permita concluir pela inicial, ou originária, propriedade coletiva dos *fundi italicus*. Como prévio referir que: conceptualmente a propriedade *familiar* não pode ser classificada como coletiva, mas sim como privada. Acresce que a família *agnática* era constituída pelas pessoas (descendentes de um antepassado comum) que o *paterfamílias* aceitava e permitia, inclusive que vivessem. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*o direito de vida e morte (ius vitae ac necis) que o paterfamilias tinha sobre os seus filhos fez pensar que o proprietários teria gozado, nos tempos mais antigos, de um vasto e absoluto poder de dominium sobre as coisas, traduzido nas faculdades a que os juristas medievais chamaram ius utendi, fruendi et abutendi* " [prossegue em nota de rodapé 1302] "*esta fórmula foi erradamente traduzida (...) a expressão ius abutendi deve ser traduzida por direito de consumir*", António Dos Santos Justo**,** *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021, p, 279; As próprias pessoas estavam sujeitas à *potestas* (primeira designação de propriedade) nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*o vocábulo é variado. Cronologicamente encontramos* (…) *primeiro mancupium ou mancipium (derivado de manus) que designava a potestas sobre pessoas e coisas* (…) *depois, nos últimos tempos da república, passou a utilizar-se dominium* (…) *para referir o poder ou a faculdade do proprietário* (…) *finalmente*, surgiu e *prevaleceu proprietas (de proprius) que acentuou a pertença absoluta e exclusiva da res ao proprietário*", António Dos Santos Justo**,** *Direito Privado Romano – III (direitos reais*). Studia Iuridica, 26, Coimbra Editora, 1997, pp 1-2.; Não se percebe, como pretendem ANA e RAUL RODRIGUES, sujeitar as *res*, simultaneamente, à *manus* do *paterfamílias* e, "coletivamente", titular os *fundi* na família que (lhe) está subordinada, ao *paterfamilias* (?): Temos presente que na família romana arcaica o *paterfamílias* gozava de um poder imenso sobre pessoas e coisas e que a caraterística da *perpetuidade* do *fundus* correspondia à impossibilidade de constituição de qualquer forma de propriedade temporária no mesmo. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*há elementos que permitem pensar que o paterfamílias terá gozado de um vasto poder (quiçá denominado mancipium) sobre pessoas e coisas particularmente importantes (res mancipium). Com o tempo, este poder unitário enfraqueceu-se e separaram-se, ganhando autonomia novos poderes; a manus sobre a mulher; a patria potestas sobre os filhos; a dominica potestas sobre os escravos; e o dominium sobre as coisas*" António Dos Santos Justo**,** *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021, p. 277. Mas no início dos tempos romanos o que se verificou foi o poder absoluto do *paterfamílias* sobre pessoas e sobre as coisas. Reitera-se, do *paterfamilias* e não da família. Diversas serão as caraterísticas da propriedade romana (na fundação), em concreto a imunidade e a perpetuidade, que não podem ser confundidas com a natureza coletiva (da propriedade romana na origem, na fundação da cidade.) É com recurso aos clássicos contemporâneos que se conclui que a propriedade coletiva não pode ser confundida com eventual titularidade familiar dos *fundi italicus*. *SAVIGNY* refere que a propriedade coletiva corresponde à ausência de domínio privado sobre a coisa e que a propriedade corresponde ao poder sobre a mesma, nas palavras de CARL VON SAVIGNY; "*propriete privée et joussance privée (...) telle est la propriété considéré dans son essence: son principe absolu nádmet aucunes limites de richess ou de pauvreté. (...) subordinees aux actes libres reconnous par le droi prive et aux lois de la nature universellement reproduit*" (*a propriedade privada é o poder de desfrute privado (...) será a propriedade, considerada na sua essência, o seu princípio absoluto não admite limites de riqueza ou de pobreza (...) subordinada a atos livres e reconhecidos pelo direito privado e pelas leis naturais universalmente consideradas*" - tradução livre); Ainda nas palavras de CARL VON SAVIGNY ;[propriedade coletiva] "*proprietê comunne et juissance commune. Tele est le caracter que presentent les revenus de l´etat, spoit qu´ilsconsiste en impôts, en droits regaliens ou en produit de domaines, car tou les citoyens participent plus ou moin également à la juissance des établissementes publics que ces revenus eutretienment*", (*Propriedade comum e direito comum.* [tal como as] *receitas do Estado, quer se trate de impostos, direitos legais ou receitas patrimoniais, porque todos os cidadãos participam, mais ou menos, igualmente na gestão dos estabelecimentos públicos e nos encargos da sua manutenção*- tradução livre), Friederich Carl Von

Savigny, *Traité de Droit Romain*, Tome 1, (*tradução francesa Par Guenoux*) Librairie de Firmin Didot Frérers. Paris, 1855, pp.357-359. Savigny percebe a propriedade privada na essência, como o domínio e efetivo poder individual sobre a coisa. O domínio público, o que resulta do *imperium*, essa só se regula e conforma pela força própria das nações e com a capacidade bélica de o manter (não pelo direito que percebeu o *pacto social* de propriedade privada) e o coletivo como a ausência de domínio privado. Por definição e natureza, o coletivo (nas suas diversas configurações) retira a titularidade privada da coisa aos particulares, pois a *função económica* tende a desaparecer, tomando o seu lugar uma qualquer *função de desfrute coletivo ou social* da coisa, legitimada no conceito a que se refere Rousseau com a expressão *contrato social*. Quanto à natureza coletiva da propriedade romana primitiva, MAX KASER, ao contrário do referido por Ana e Raul, não toma posição alguma. Max Kaser identifica o *problema*. Para tanto referindo, é certo, no que à origem da propriedade romana diz respeito, o *paterfamilias* detinha a *pátria potestas* e a *manus* sobre coisas e pessoas. (*Privates Römisches Recht*, versão espanhola por José CRUZ TEIJEIRO, 5ª Edição, Editora REUS, Madrid, 1982.pp 101-102.) Desta afirmação não resulta que a propriedade romana arcaica não fosse privada. Quanto à questão da propriedade sobre prédios, MAX KASER identifica o *problema* com a aplicação da *vindicatio* e da *mancipatio*, pois, aparentemente, só se aplicariam aos móveis. Acresce que este autor, objetivamente, elenca argumentos em contrário, referindo expressamente que a propriedade sobre prédios fora reconhecida às pequenas famílias, refere ainda e, apenas, a possibilidade de que a *mancipatio* não se aplicaria aos imóveis; ora as *res mancipi* não se limitava nos imóveis; Nas palavras de MAX KASER, ("*muy discutida há sido la cuestion de si la propiedad recaia antiguamente sólo sobre cosas muebles, porque los inmuebles eran objeto del poder soberano de las gentes. La forma de la mancipatio y de la vindicatio con las aprehensiones de las cosas objeto de las mismas, parecen constituir un argumento en favor de la tesis de que los indicados actos se aplicaban únicamente a las cosas muebles. El nobre mismo del patrimonio familiar familia pecuniaque (= servidores y ganado) no menciona el fundo. Por otra parte, es cierto que el reconocimiento de la propriedade privada de los predios que se atribui a las pequeñas familias se produce muy tempranamente (...) la leyenda según la qual Romulo assigno como bien hereditario 2 iugera de tierra (heredium) a cada ciudadano (...) (insuficiente a todas luces para cubrir las necesidades vitales) es un problema no resulto (...) "* MAX KASER, ibidem, p, 102. (*tem sido muito discutida a questão se, antigamente, só as coisas móveis poderiam ser objeto de propriedade, pois as coisas imóveis pertenciam às gentes* [ao *Rex*]. *Porque a mancipatio e a vindicatio careciam de apreensão sobre a coisa, resulta em argumento a favor da tese de que tais atos se aplicavam unicamente sobre os móveis. A própria designação do património familiar pecuniaque (= escravos e gado) não menciona o fundus. Por outro lado, também é certo que o reconhecimento da propriedade privada sobre os prédios que foram atribuídos às pequenas famílias ocorre muito cedo (...) a lenda refere que Rómulo concedeu, como bem hereditário, 2 iugera de terra (heredium) a cada cidadão (...) trata-se de uma questão não resolvida – Tradução Livre.* MAX KASER, claramente afirma ser esta questão (para ele) como *uma questão não resolvida*. Percebe-se que não toma posição alguma. Não conclui pela impossibilidade da *mancipatio* dos *fundi*. Acresce que os historiadores são bastante claros e afirmam expressa e claramente o contrário. RAUL e ANA RODRIGUES; [nas palavras destes autores] "*Este entendimento (...) a propriedade era familiar, isto é, coletiva e assim se* manteve (…) nas gentes" (ainda) "*este entendimento também é defendido por Fustel de Coulanges, assegurando que a propriedade privada da terra estava intrinsecamente ligada à própria família* ". (Raul e Ana Rodrigues**,** *Direito Romano*, Cit., *nota de rodapé* 32.) No entanto, da obra dos historiadores, objetivamente (não se pode retirar qualquer conclusão de ausência de propriedade privada ou da existência da propriedade coletiva dos *fundi* na Roma de 753 a. C.) o que é referido é bem diverso e em sentido diametralmente oposto. Nas palavras de FUSTEL DE COULANGES; "*as populações da Grécia e as da Itália, desde a mais remota antiguidade, sempre conheceram e praticaram a propriedade privada. Nenhuma recordação histórica nos chegou e de época alguma, que nos revele a terra ter estado em comum*". Acrescenta, em nota de rodapé que, "*alguns historiadores afirmam que em Roma a propriedade primeiramente*

É certo que (a origem da propriedade) é um tema muito difícil; no entanto, (conforme já referido) a detenção licita, o desfrute *pactuado* e privado da coisa, bem como os poderes de disposição da mesma é muito anterior à fundação da cidade de Roma, verificando-se já nas civilizações egípcia e mesopotâmica.[101]Não será arriscado afirmar que a *propriedade privada*, no sentido próprio daquela época histórica (apreensão licita da coisa) existiu desde a formação da cidade.

Percebe-se que o desfrute privado da coisa fundiária era, já no século VIII a. C., uma prática etrusca, um hábito, um *uso* ou um *mos*[102] das gentes que haveriam de fundar Roma, os *Patrícios*.[103]

---

terá sido pública, só se tornando privada em Numa (Referindo-se a Numa Pompílio, segundo Rei de Roma, o rei Sabino, 21 de abril de 753 a. C - 673 a. C). *"Este erro provém da falsa interpretação que se faz de três textos: de Plutarco (Numa, 16), de Cícero (República, II, 14) e de Dionisio (II, 74). Estes três autores dizem, com efeito, ter* [o Rex] *Numa distribuído certas terras aos cidadãos; mas indicam, muito claramente este só ter feito partilha nas terras anexadas ao primitivo território romano, agri quos bello Romulos ceperat, pelas conquistas do seu predecessor. Quanto o ager Romanus, isto é, quanto ao território que cercava Roma até à distância de cinco milhas (Estrabão V, 3, 2) era propriedade privada desde a fundação da cidade. Vide Dionisio II, 7 Varrão «De rustica, i, 10; Nòio Marcelo, ed, Quichart»* (NUMA DENIS FUSTEL DE COULANGES**,** *A Cidade Antiga*, Editora Clássica, 11ª edição, 2104. pp 69-70. Acresce que também nas civilizações antigas, contemporâneas à cidade de Roma, (que determinavam os *usus* dos fundadores) verificava-se, inquestionavelmente, o efetivo desfrute e titularidade individual da terra. As *práticas etruscas* tinham a sua origem na Grécia. Ora, na Grécia antiga a conceção de propriedade era absolutamente privada e nunca coletiva. Note-se que no século VIII a. C. (os tempos da formação da cidade de Roma) e da colonização grega, percebe-se a falta de sentido *que os colonizadores* abdicassem da cidadania das cidades Estado originárias- condição necessária- para embarcarem em aventura que os não compensasse com riquezas e terras. Nas palavras de RIBEIRO FERREIRA; "*em meados do século VIII a. C, quase em paralelo temporal com os começos da pólis, inicia-se um dos fenómenos característicos da época arcaica grega, a colonização* (…) *e vai espalhar os Gregos pelas margens do Mediterrâneo"*. RIBEIRO FERREIRA**,** *A Grécia Antiga*, Edições 70, 2004, p, 43; reiterando nas palavras de RIBEIRO FERREIRA, que cita "*Hesidio*, [finais do século VIII a. C], *nessas épocas recuadas, (...) uma coisa parece não oferecer dúvidas; os ricos aumentaram consideravelmente as suas propriedades e verificou-se uma acumulação de terras, pelo menos de fato* ".Ribeiro Ferreira, *ibidem* p, 37; pp 47-48. No mesmo sentido BONFANTE (e tantos outros) que refere que ao contrário das menos felizes terras nórdicas, em Roma a propriedade sempre foi privada. **Conclui-se que desde a fundação da cidade Romana a propriedade sempre foi privada**; neste sentido *vide infra* nota 107.

[101] *Vide supra* nota 47.

[102] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*parece deduzir-se de alguns textos de Varrão e de Festos (...) o seguinte:* ***mos significa*** *«internus vel moralis hominis habitus»* "Sebastião da Cruz, *IUS. Derectum (Directum)*- HVMANITAS – Direito Romano. Volumes XXIII e XXIV, 1971, p. 170; (os hábitos fundados na moral interna do homem – Tradução Livre -)

[103] Nas palavras de GARCIA CARRIDO; "*estaria formada por cien familias que se instalaron originariamente em Roma y sus descendientes. Estas familias formariam las gentes que se agruparam en três tribos (Ramnes, Ticies y Luceres)* (...) *gozan de la plenitud de los derechos politicos y civilis que eram negados a los plebeus y que éstos reivindican hasta conseguir la constitucion de la comunid patricio-plebea*", Manuel Garcia Garrido, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Editora

Os autores brasileiros *vão* ainda *mais longe* e consideram a fundação das influentes cidades Estado Gregas (séculos IX a. C) antes da fundação de Roma, (precisamente) por razões de defesa da propriedade privada.[104]

Não se conhecendo razão alguma para que a "nova" cidade de Roma, pelo menos dez séculos depois da generalização do desfrute fundiário privado, *implantasse* um desfrute coletivo dos prédios rústicos, em rutura com os *mos, com os* "*hábitos de agir*"[105] que os fundadores conheciam, em práticas anteriores à própria fundação [106].

Dykinson, 1993, p,6 (*Estariam formados por cem familias e seus descendentes que se instalaram em Roma. Estas familias formariam as gentes que se agruparam em três tribos (Ramnes, Tices e Luceres) (...) gozavam de plenos direitos políticos e civis, estes eram negados aos plebeus que os reivindicaram até conseguir a constituição da comunidade patrício-plebea* – tradução livre); os patrícios reuniam-se em (*com-ire*) assembleia. As mais antigas foram as *comitia curiata* que agrupava os patrícios por cúrias (familias). Dos patrícios dependiam ainda os seus protegidos, os clientes e os libertos (escravos libertos). Além dos patrícios e dos seus protegidos, a cidade de Roma acolhia também os plebeus. Estes eram os pequenos proprietários, comerciantes ou artesãos, mas numerosos. Eram estes que *carregavam os fardos* da produção e da guerra, no entanto, eram injustiçados pois não conheciam a lei e não ascendiam a cargos públicos. A república (510 a. C. - 46 a. C) surgiu como resultado de mudanças políticas e sociais significativas. A monarquia foi substituída pelo sistema inspirado na república grega, a *Diarquia*. O rei foi substituído por dois cônsules que governavam por períodos de um ano, eleitos entre os senadores. Estes dois cônsules respondiam perante o Senado e a Assembleia (esta última constituída pelos *paterfamílias* mais importantes de Roma).

[104]Neste sentido SACADURA ROCHA [refere que]; "*é importante que se situe a questão da propriedade na formação das cidades-estado* [gregas], *pois será nesta unidade de existência coletiva que o direito privado, notadamente quanto ao status da família e sucessão de bens, se realiza. (...)as cidades-estado nas costas mediterrâneas surgem a partir da propriedade fundiária, em que as famílias, inicialmente e, de forma privada, produziam uma agricultura de subsistência(...)a apropriação da terra, nos primórdios de tais civilizações, simplesmente foi efetuada pela posse privada das famílias que assim se tornaram sedentárias(...) deve-se salientar que originariamente a propriedade está distribuída e regulada de forma privada, não comunitária ou cooperativa, em lotes de tamanhos variados, nos quais o chefe familiar é o patriarca(...)se a vida comunitária ou cooperativa existiu foi em um período anterior à fixação das famílias* [isto é, antes da fundação das cidades Estado] *e à apropriação privada das terras. A administração dessas posses era absolutamente privada"* Sacadura Rocha, *História do Direito no Ocidente*, edições Forense, Rio de Janeiro, 2015, pp, 117-118.

[105] Sebastião Da Cruz, *IUS. Derectum (Directum)*- HVMANITAS – Direito Romano. Volumes XXIII e XXIV, 1971, p. 170

[106]Os etruscos foram os primeiros habitantes da península itálica (1200ª. C a 700 a. C.); os seus usos e hábitos eram muito vincados e identificam-se como uma verdadeira disciplina. A *Etrusca Disciplina* era determinada pelos sacerdotes Arúspices, de origem grega. Conformava-se pelo Livro dos Arúspices, o livro primeiro, o caminho para a divindade. O segundo, o Livro dos Raios, ensina como interpretá-lo, tratava-se dos augúrios; o terceiro, o Livro dos Rituais, de âmbito mais largo, abordando as práticas rituais do culto, o destino, a duração da vida do homem e do Estado, até os padrões de vida que o indivíduo deveria alcançar e praticar; o quarto, o Livro de Aqueronte, que descreve o submundo, a vida no além e as formas de sepulcro e dois livros sobre os profetas - Tages e Vegoia - (d*ivinatio*n; *goods*; *sanctuaries*; *death rituals and the afterlife*; *fate and the Etruscan nation)* - TOM RASMUSSEN. *Etruscan ritual and religion*, *Insoll* Timothy Edition *the Oxford*

Também Di Pietro Bonfante afasta a propriedade coletiva ou social dos *fundi* na origem de Roma. Este autor refere que[107]; "*não temos, na história do direito romano, vestígios do verdadeiro regime da propriedade coletiva, ou seja, da propriedade centralizada no Estado e distribuída periodicamente pelas famílias. A cultura dos cereais, que favorece a implantação deste regime, nunca foi exclusiva no solo itálico, como foi nas menos felizes terras nórdicas (Alemanha, Rússia*)"[108]. Acrescentando ainda que a verdadeira propriedade individual nasceu, precisamente, com o surgimento do conceito de família.

(***conclusão***)

Concluo com referência às palavras de MARNÔCO E SOUZA; "*deve-se evitar o erro antigo e comum de considerar o direito de propriedade, no sistema romano, como um direito sem limites, dominado única e exclusivamente pelos interesses do proprietário. Esse erro tem levado os adversários do direito romano a apresentá-lo*

Handbook of the Archaeology of Ritual and Religion. 2011, *Oxford University Press*, pp, 710-721.; nas palavras de AMILCAR GUERRA; a "disciplina *etrusca (...) abarcava três aspetos distintos, como nos informa Cícero (De divinatione II, 49), correspondentes a cada um dos três grupos de livros que codificavam as revelações respeitantes a cada uma das especialidades: eram os libri haruspicini, fulgurales e rituales. Os* ***libri haruspicini*** *tratavam, naturalmente, da haruspicina, técnica adivinhatória assimilada e profundamente emersa na vida pública romana que, em sentido restrito, assentava na análise e interpretação dos sinais fornecidos pelas vísceras dos animais sacrificados (hostiae consultatoriae). A complexidade desta técnica manifesta-se, por exemplo, no chamado «fígado de Piacenza», um bronze que apresenta um esquema de divisão de um fígado de ovelha em mais de 40 zonas, cada qual com a sua mensagem específica. Os* ***libri fulgurales*** *ensinavam a captar o significado transcendente dos relâmpagos. Primeiro interpretava-se o alcance de cada uma das 16 zonas celestes donde poderia provir o raio. Depois analisava-se o tipo correspondente, quanto ao seu significado como manifestação da divindade, aos seus efeitos, às formas de eliminar ou reduzir os perigos e malefícios que poderia causar. Por fim, os* ***libri rituales*** *ocupavam-se de aspetos tão variados como os mortos, os prodígios, os múltiplos aspetos tocantes à vida pública e privada. A tradição analítica coloca, nesta época, o aparecimento dos* ***Livros Sibilinos****, assim chamados porque teriam sido adquiridos por Tarquínio, o último rei (etrusco) de Roma, à Sibila de Cumas. Embora se possa pensar numa vinculação ao mundo grego, uma vez que provenientes — segundo a mesma tradição — de terra helenizada, de facto a narrativa e o que conhecemos do seu conteúdo parecem vincular esta obra aos poderosos vizinhos da Toscana e dominadores de Roma nessa fase"*. Amílcar Guerra, *A Religião Romana*, Civilizações Clássicas, *e*UAB., Coleção Universitária, 2014, pp, 107-108.

[107] "*non abbismo nella storia del diritto romano traces del regime vero della proprietá coletiva, cioè della proprietá incentrata nello Stato e distribuita periodicamente alle famiglie. La cerealcoltura, che favorisce la durata di questo regime, non fu mai exclusiva nel suolo d`Italia, come nelle meno felice terre nordiche (Germania, Russia).* "ALFREDO DI PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di Dirito Romano*, Casa Editrice Dotor Francesco Vallardi, Milano, 1925, p. 243 nota de rodapé número 1.

[108] Tradução livre.

como um direito inspirado no egoísmo e revestindo, por isso, um caráter profundamente antissocial"[109].

Permito-me afirmar que a natureza da propriedade romana é, e sempre foi, privada e limitada.

3.4 - **Formas de propriedade romana.**

Podem identificar-se duas formas de propriedade privada[110] no direito romano clássico; a propriedade *Quiritária*[111] e a propriedade *Bonitária.* [112]

O *dominium ex iure Quiritium*[113] correspondia à propriedade exclusiva dos cidadãos de Roma. Também os latinos[114] e os peregrinos poderiam ser proprietários

---

[109] Marnôco E Souza, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular E Português*, França Amado Editor, Coimbra, 1910, p, 408.

[110] Acrescia a propriedade pública e a divina; a propriedade de direito divino tinha por objeto as coisas sagradas e as de natureza religiosa. *Cf., GAIO*, II, 2.; por sua vez as coisas de direito humano podiam ser de direito público ou de direito privado. *Cf., GAIO*, II, 10. (como nas demais civilizações antigas, os homens não eram iguais perante a "lei", nem, tão pouco enquanto pessoas. A primeira grande distinção verificava-se entre homens livres e escravos (*Cf., GAIO* I, 9), a segunda grande distinção verificava-se entre os cidadãos livres que poderiam ser ingénuos ou libertos (*Cf., GAIO* I, 11). Por sua vez devia distinguir-se os libertos (cidadãos de Roma) e os latinos *Dediticios*. *Cf., GAIO* I, 12. Os *Dediticios*, assim nominados porque corresponderiam aos *libertos* severamente castigados (por força da lei Élia-Sência) *Cf., GAIO* I, 13-17.

[111] O direito da cidade (do império) de Roma, o direito civil ou direito Quiritário era o foro próprio dos cidadãos romanos. O direito aplicável a todos os habitantes de Roma, em comum e extra estatutariamente, seria o direito natural, *Cf., GAIO* I, 1; *vide infra* nota 113.

[112] Mais tarde, por força do Codex *Iustinianus* resultou extinta a propriedade *bonitária*, mantendo a propriedade civil como a única forma de propriedade, *Cf., CI- 7.25*, 1.

[113] O direito civil ou *Quiritário* correspondia ao foro próprio dos cidadãos de Roma. Tratava-se de um conjunto de normas a *constituto personalis ad previlegium.* O direito era estatutário, personalista e não universalista. Refiro o *ius singulare*, o que não é comum a todos, pois **o *ius Quiritium* era o direito dos *Quirites*, dos fundadores**. Di PIETRO BONFANTE esclarece a distinção dogmática entre o *ius singulare* e o *previlegium*. Percebendo, no entanto, que o direito romano usava os dois termos de forma indiferenciada, como sinónimos. Para tal serviam-se dos termos *constituto personalis* e outros idênticos. Neste sentido Alfredo Di Pietro Bonfante, *Istituzioni di Dirito Romano*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1925, pp. 15-16.

[114] Os latinos *Junianos* eram aqueles que haviam sido, anteriormente, escravos; mas libertos (por força da lei Júnia), eram gentes de diversas origens; o seu estatuto pessoal era equiparado ao dos latinos, Cf., *GAIO* I, 22.; O direito romano (tal como referido; *vide supra* nota 113) era personalista. O *ius civile* constituía foro exclusivo dos romanos (*patrícios, plebeus, clientes, libertos*). Os outros povos tinham os seus próprios blocos normativos que os regulava nas suas relações internas. A expansão de Roma (Península Itálica, mediterrâneo, Península Ibérica, Ásia *menor*) iniciou-se com a incorporação das cidades Estado vizinhas, as cidades latinas do antigo Lácio. Estas cidades, situadas entre os rios Tibre e Ânio, no centro da Península itálica, eram ocupadas pelos latinos *prisci* e *veteres (velhos)* que, por força do tratado de 493 a. C (*foedus latinum*) se determinaram em confederação.

ex iure Quiritium, mas para tal deveriam dispor do *ius commercii.* Este era o direito de aceder (ou beneficiar do) ao foro dos cidadãos romanos. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; *"a capacidade de realizarem negócios jurídicos reconhecidos pelo direito civil".*[115]

Inicialmente, e até à alteração do tratado inicial, em 338 a. C., os latinos assumiram a dupla cidadania. Os *latini prisci* e os *veteres* eram cidadãos de Roma, dispunham, em comum com os romanos, o *ius Commercii (comércios),* o *ius Connubii (casamento)* e o *ius Suffregii (voto).* Com a alteração ao tratado *foedus latinum* (a *união latina*, também conhecido como *tratado Cassianus*) os latinos perderam a cidadania romana, devendo considerar-se o *ius latii* como diverso dos *ius civile* (ou Quiritário). Mas os latinos podiam adquirir a nacionalidade romana por intermédio da *manumissi. Esta,* a *manumissione,* correspondia a ato solene perante o pretor para tal o latino (tivesse mais de trinta anos de idade) casasse com cidadã romana, ou latina das colónias e, quando gerassem um filho e o mesmo atingisse a idade de um ano, àquela família era concedida a cidadania romana *Cf., GAIO* I, 28- 35. Era o que resultava da Lei *Élia-Sência, por força da qual,* então, todos os membros daquela família seriam cidadãos de Roma. (também por força da lei *Visélia,* quando o latino cumprisse serviço militar em Roma; *Édito de Cláudio;* quando Latino construísse um navio de longo curso com capacidade superior a 10000 módios de trigo e com ele transportasse trigo para Roma durante pelo menos 6 anos; Também um Édito de Nero que determinou que quando Latino possuísse um património superior a 200.000 sestércios, construísse casa em Roma e investisse pelo menos metade do seu património; Também *Trajano decretou* que se um Latino exercesse a profissão de padeiro em Roma durante mais de 3 anos trabalhando, não menos de 100 módios de trigo por dia) e outras pelas quais os latinos poderiam ascender ao foro próprio dos cidadãos de Roma.

[115] António Dos Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, Petrony, 3ª Edição, 2021, p, 277 -nota de rodapé 1291-.

Já a propriedade *Bonitária*[116] correspondia, de forma simplista, a uma posse[117] protegida[118]; também contra as ações de defesa da propriedade[119].

---

[116] A propriedade Bonitária, nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [ou] *"domínio bonitario ou propriedade pretoria referem um instituto do ius Praetorium que tutelou várias relações não protegidas pelo ius civile. Com efeito, o ius civile disciplinava (...) protegia o seu titular erga omnes e estabelecia os modos e as formas da sua aquisição. Simplesmente, a sociedade evoluiu rapidamente e a lentidão das suas fontes impediu o ius civile de disciplinar as novas situações entretanto surgidas que reclamavam proteção jurídica*." António Dos Santos Justo**.** *Direito privado romano Cit.*, pp. 25-26

[117] Correspondia a uma situação jurídica de posse decorrente da inobservância das formalidades próprias - *mancipatio* (ou) o *iure cessio*- por via do qual o possuidor *em iusta causa* beneficiar da proteção do pretor e adquirir a coisa. (Por exemplo porque pagara o preço poderia, mesmo antes de decorridos os prazos para a usucapião (um e dois anos, consoante móveis ou imóveis, *Cf.*, *GAIO* II, 42.) No caso da posse *boa* que determinava a usucapião *pro herede (*a posse de imóvel ocorria após um ano) A usucapião *pro herede* era a que resultava da posse a *non domino* das coisas e, também do imóvel que o herdeiro não reclamava. Cf., *GAIO* II, 52, 53, 54.

[118] A propriedade Bonitária correspondia à posse com *traditio*. A ação publiciana "*servia*" o proprietário *Bonitario*. Este dispunha de dois meios judiciais para se opor à reivindicação do proprietário civil, a *Actio Publiciana, que* nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*provavelmente criada pelo pretor Quintus Publicius no ano 67 a.C., permitia ao adquirente (por simples traditio) demandar quem, entretanto, se tivesse apoderado da res*. António Dos Santos Justo**.** *ibidem* p, 26; este tipo de *actio* permitia aquela oposição, hoje configurada como os meios de defesa da posse.

[119] Após as *Leis Decenvirais*, as *actiones in rem* (que no início da fase nacionalista eram as ***sacramentum in re*** e a ***manus iniectio***) assumiram duas formas principais; a ***rei vindicatio*** e a ***actio publiciana***. A ação de *rei vindicatio* servia (e serve) o *proprietário* em via à devolução/recuperação da sua coisa. a ação de *rei vindicatio*, tal como na atualidade, correspondia à ação pela qual se reivindica a propriedade, (É este o regime *base* ao atual artigo 1311º do Código Civil). (A *rei vindicato* na fase clássica poderia ser intentada (unicamente) contra o possuidor. Já na fase pós-clássica poderia ser intentada contra o detentor que deveria declarar em nome de quem possuía - a *laudatia* ou *nominatio auctori* - que, por força do equivalente ao atual incidente de intervenção principal, impunha a intervenção na ação de *rei vindicativo* do possuidor em nome de quem era detida a coisa); se o proprietário pretendesse reagir contra qualquer pretensão limitativa à sua propriedade, dispunha da *actio negatória*. As *actio negatória* são a base às atuais ações de simples apreciação, *in casu* negativa, previstas no artigo 10º n. 3 alínea a) do Código de Processo Civil. O proprietário, que pretendesse regular as suas relações de vizinhança, dispunha de diversas ações e procedimentos; as *actio finium regundorum* (Tratava-se de uma ação de demarcação de terras Cf. D, X 1,1); *os interdictum de glande legenda* (que permitia ao proprietário de frutos (o direito de) entrar no terreno vizinho ao seu pomar para recolha dos seus frutos, - Cf. D, 43,27,1,8 - (Poderia ser exigida a prestação de *cautio danni infecti*, uma caução que garantia o pagamento de eventuais danos. O vizinho que não acedesse à recolha dos frutos poderia ser objeto da ação de exibição, pela qual se exigia a exibição do *fundus* em vista à visualização da coisa alheia (ULPIANO) - Cf., D, X, 4,9.1- ; *actio de arboribus caedentis* (correspondia ao expediente processual que permitia exigir o corte de ramos que se projetassem sobre o *fundu*s contiguo, a menos de quinze pés de altura - Cf., D 43, 27,1, 8.- (Este regime foi acolhido pelo nosso direito, trata-se do regime base ao nosso artigo 1367º do Código Civil); *actio aquae pluviae arcendae, que* correspondia ao expediente processual que permitia restabelecer o curso normal das águas, fosse por via da destruição das obras efetuadas pelo vizinho, fosse por via de tolerância de trabalhos para correção de alteração natural de tal curso de águas, A condição seria; que tais "alterações" aumentassem a forças das águas pluviais e, cumulativamente, essa torrente colocasse em risco os *fundi* que as deveriam receber por gravidade - Cf., D 39, 3- (trata-se da solução base ao atual

A propriedade Bonitária (*in bonis habere*[120]) era protegida, em especial, pelas *actiones ficticiae.* [121]

---

regime da constituição de servidões de escoamento, previstas nos artigos 1351º nº 1 e 2 do código civil.)*;* o *interdictum quod vi aut clam*, expediente processual que permitia reagir contra uma construção efetuada sem o consentimento do proprietário do *fundus* vizinho. Naturalmente que tal construção deveria ser prejudicial e, por tal, era peticionada a sua demolição -Cf., D 43, 24-. A este propósito ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [refere que] "*ainda no direito Justinianeu foi limitado o poder de o proprietário realizar no seu fundus obras que constituíssem um obstáculo à ação do vento nas eiras vizinhas*" António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (direitos reais* Cit., p, 35.); a *cautio damni infecti*, tratava-se de uma *legis actio* que tinha por objeto prevenir os danos decorrentes da ruína eminente de construção ou obra confinante, ou de perigosa queda de árvore. *Cf., GAIO* IV, 31; Se o proprietário nada *fizesse* poderia dar-se o caso de perder a propriedade por via *da fictae usucapio* Cf., D, 39, 2; a *operis novi nunciatio,* que correspondiam a uma denuncia efetuada contra o construtor de obra em curso para que de forma definitiva eliminasse o efeito prático de uma construção. Por via desta o Pretor poderia decretar o *interditum demolitorium,* em vista à reposição do estado das coisas anterior à obra. Cf., D 39, 1,1,1 ; Por sua vez, os proprietários de prédios dominantes (de servidões prediais) dispunham de duas ações; o proprietário do prédio defendia (os efeitos práticos) do seu direito propondo (contra os que ameaçassem a sua servidão) a *vendicato servitutis* Cf., D 8, 5, (o dono da obra poderia opor-se pagando uma caução de *non amplius turbando*); podia também requerer *os interditos complementares*, requeridos em vista à defesa das servidões e dos direitos em limitação dos *fundi* confinantes, ou para defender o uso de servidão, receção ou escoamento de águas e muitos outros. Cf., D 43, 19-23; O proprietário dispunha ainda de algumas ações penais como forma de reagir aos delitos contra a sua propriedade (as ações penais que tinham escopo penalizador e ressarcitório (por furto e dano, abuso de pasto, furto e abuso de materiais de construção), as mais comuns eram as *actio furtis*; *de pastu pecoris*; *a actio de tigno iuncto*.

[120] Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [as] "*expressões in bonis habere e in bonis esse, não têm o sentido técnico de referência à disponibilidade de uma res tutelada pelo pretor. Literalmente significam "ter no património" e "estar no património" e eram utlizadas para expressar quer a titularidade quer a não titularidade do direito de propriedade (...) por isso aquelas expressões não podem ser interpretadas como designando o instituto pretório a que a romanística chama "propriedade bonitária" No entanto, seguindo a terminologia romanística atual, utilizá-la-emos para designar a propriedade bonitária*" ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO**,** *ibidem* p, 25.

[121] *As actiones ficticiae* materializavam o requisito próprio às soluções de direito romano, a justiça. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*a noção real de fictio iuris* (…) *sendo* (…) *um expediente jurídico onde se finge uma certa realidade* (…) *subjacente à doutrina dos antigos Doutores está, portanto, uma certa conceção do Direito e da realidade em que (e para que) se move: um facto (causa) produz certos efeitos jurídicos e, por isso, um facto diferente deve produzir, igualmente, efeitos diferentes. Todavia, para um facto (causa) produzir, numa situação concreta, os efeitos próprios de outro facto (causa) finge-se ter ocorrido não aquele, mas este: invertendo-se a causa para o efeito desejado. Emergem, deste modo, a ideia de causalidade e o pensamento de um direito pré- elaborado que o jurista se limita a aplicar."* António Dos Santos Justo *«A fictio Iuris» No direito Romano «Actio Ficticia» – Época Clássica,* Coimbra, 1988, pp, *41-43.;* o direito que o jurista se limita a aplicar resultava plasmado nas fórmulas determinadas pelo Pretor, o efeito desejado correspondia a solução justa, pois era a justiça que presidia às soluções de direito Romano. *O justo* e o prático deveriam ser efetivos, materializava-se nas decisões por via das quais *a equidade* impunha o reconhecimento da propriedade *de iure*, também na venda sem *mancípi ou* sem *a in iure cessio*. Assim e também nos casos em que a devolução da *res* permitia, em abstrato, o aproveitamento e abuso dos direitos do alienante e, por forma a evitar este tipo de soluções injustas, o possuidor dispunha das ações honorárias. As ações honorárias podiam ser de três tipos, as *ficcion*; as *transposicion de*

personeas (pelas quais resultava que determinada pessoa era responsabilizada por atos que não praticou, *mas* por ser responsável pelos atos de outra pessoa. Com esta ficção obtinha-se o mesmo efeito prático. Ainda hoje assim é, atente-se ao regime da responsabilidade civil que determina os pais no pagamento dos danos causados pelos filhos menores – *in vigilando*-); as *personae in factun* (As *actiom in personae in factun;* das quais resultava a censura do magistrado pela conduta inconveniente de alguma parte, *Cf* GAIO, IV, 46. Correspondem aos atuais poderes do magistrado na composição comportamental das partes em juízo; também aos que litigam de má-fé). Ao presente estudo importa, apenas, a breve referência às *actiones ficticiae.*Com estas, nas palavras de ÁLVARO D`ORS; *ordenava-se ao juiz que considerasse como existente um fato inexistente, ou por inexistente um fato existente, com o objetivo de alcançar um resultado justo, que da aplicação do direito civil se veria impedido por facto que deve ser contornado (...) mediante fórmula fictícia que se chamam ações úteis (...) um tipo especial de ação com ficção é a da iudicia resceissoria, que é proferida pelo pretor, quando quer impedir os efeitos de um fato que considera injusto*-Tradução Livre) "*se manda al juez que dé por existente un hecho inexistente, o por inexistente uno realmente existente, a fin de conseguir un resultado justo que, según el derecho civil, se ve impedido por algo que deve ser soslayado* (…) *mediante una formula fictícia que se llaman actiones utiles (...) un tipo especial de acciones com ficion es el de los iudicia resceissoria, que dá el Pretor cuando quire eliminar los efectos de un hecho que considera injusto"* Álvaro D`ors, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, pp, 125-126); (Das fórmulas pretorianas, ditadas ao *Iudex,* em sede das *legis actiones,* alcançavam-se as soluções justas, efetivas e práticas, corporizando total e plenamente a conceção de *equidade (*a equidade romana) a *aequitas*, "*a noção do bom e do justo(...) não só pelo receio das penas como pela animação das recompensas, procurando o empenho (...) a filosofia verdadeira* " Cf., Ulpiano, D, I, 1,1.); O Digesto reservou os títulos primeiro e segundo, do livro seis, às reivindicações e ação real publiciana, respetivamente. Foram estas soluções de direito romano que estiveram na origem (**a base**) dos atuais **meios judiciais de defesa da posse**. Em concreto, as ações de prevenção da posse, previstas no artigo 1276.º; ações de manutenção e restituição da posse, previstas no artigo 1278.º; os procedimentos cautelares de restituição provisória da posse, por via do esbulho violento, prevista no artigo 1279.º; os embargos de terceiro previstos no artigo 1285.º, todos do Código Civil. Também a autotutela lícita, por via da ação direta prevista nos artigos 336º e 1277.º, ambos do Código Civil, encontram base no regime das *ragion fattasi*, na *Lex Juilia de vi privata*. Nas palavras DI PIETRO BONFANTE; *"A ragion fatassi, ou seja, a tutela privada do próprio direito pelas vias de facto, em consequência do progressivo aumento dos poderes públicos, foi progressivamente sendo reduzida e sujeito a diversas sanções penais. No direito Justinianeu manteve-se lícita, mas dentro de limites moderados". la ragion fattasi, ossia la tutela privata del próprio dirito per via de fatto, nel progressivo incremento dei poteri fucia ridotta e punitta com dicerse sanzioni penali, e nel diritto giustinianeo é licita generalmente solo quando, entreo limiti moderati* ", Di Pietro Bonfante, *Istituzioni di Dirito Romano*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1925, p, 106 (Este autor faz referência à *lex Iulia de vi privata* de 17 a. C. As *lex iuliae* eram leis moralizadoras.) Quando o demandado fosse o proprietário (o *dominus ex iure civile)* e sustenta-se a sua pretensão nessa qualidade; (então) o proprietário *Bonitario* podia excecionar com a *replicatio rei venditae et traditae*. (Esta causa prejudicial ou exceção à reivindicação, corporizava a exceção de *peticionen da res venditae et traditio).* Alegando que a coisa lhe havia sido entregue, opondo-se assim aos efeitos do pedido da reivindicação. *In casu* pela ilicitude da causa de pedir, que se fundava na perceção da injustiça da solução, porque sancionava o claro abuso de direito. Pois se o proprietário havia recebido o preço e entregue a coisa, abusava do seu direito ao reivindicá-la. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*se o demandado fosse o dominus ex iure civili e opusesse a exceptio iusti dominii, o demandante opor-lhe-ia a replicatio rei venditae et traditae. Era uma actio fictícia na qual o pretor ordenava ao juiz que julgasse fingido decorrido o tempo necessário para a usucapio*", António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano, Cit.,* p. 26); O *praetor* por intermédio das *actiones ficticiae* poderia declarar o possuidor como o *proprietas ex iure Quiritium*. Com este processo ficcionava

Nesta medida a propriedade *Bonitária* era reconhecida e protegida em prejuízo do proprietário *ex iure Quiritium*.

Estes "*simples possuidores*", a que se refere Marnôco e Souza[122], não existiram na fase arcaico nacionalista pois o *in bonis habere* sobre os *fundi italicus* só surgiram na fase clássica, fruto da proteção do *praetor peregrinus*. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [123] "o*riginariamente só podiam ser titulares de propriedade – dominium ex iure Quiritium – os cidadãos romanos, os latinos e os peregrinos contemplados com o ius commercium. Dentre os latinos destacavam-se os prisci ou veteres* [[124]] *que foram sempre o povo estrangeiro mais favorecido, contando-se, entre os privilégios, o commercium agrorum e a facilidade com que podiam adquirir a cidadania romana. Em relação aos peregrinos* (…) *alguns foram contemplados com o commercium, embora não gozassem da Rei vindicatio nem pudessem intervir in iure cessio*."

Os *fundi* podiam ser titulados ou detidos numa das três seguintes situações de facto[125];

i) Plenamente, ou de direito *civile; o plenum ius es iure Quiritium;*

ii) Por posse; por via da *traditio*, mas sem *mancipatio* ou a *in iure cessio;* que correspondia ao *nudum ius Quiritium; situação de facto* que após o surgimento do pretor dos peregrinos se denominou propriedade *Bonitária.*

*iii)*Detenção; por via do *ususfructus,* que deveria ser constituído por intermédio da formalidade denominada *in iure cessio.*

---

decorridos os prazos da usucapião e declarava a aquisição originária. A solução seria diferente quando a posse tivesse causa diversa da compra e venda e, por força do direito civil, o possuidor resultasse formalmente obrigado à sua devolução. Nos casos em que tal devolução se determinasse como injusta, quando, por exemplo, o *proprietas ex iures civili* usara de dolo ou coação, o possuidor poderia *deitar mão* de *petitionen,* em concreto da *replicatio doli.* Cf., GAIO, IV, 117.

[122] Marnôco E Souza, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular E Português*, França Amado Editor, Coimbra, 1910 p, 412.

[123] António Dos Santos Justo, *Direito privado romano --- III (direitos reais),* Cit., p, 23

[124] *Vide supra* nota 114.

[125] Nas palavras de MARNÔCO E SOUZA; [podia] "*existir o pleno domínio sobre uma cousa, tanto o domínio civil como o dominio pretório – plenum jus es jure Quiritium - haver o simples domínio civil sem o pretório – nudum jus Quiritium; ter logar unicamente o dominio pretorio ou bonitario. Estas duas espécies de domínio não se devem confundir com a propriedade dos peregrinos, e com a propriedade sobre prédios provinciais, cujo domínio, segundo o Direito Romano, pertencia ao Estado, ficando aos particulares unicamente a posse e o usufructo"* Marnôco E Souza, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular E Português*, França Amador Editor, Coimbra, 1910, p, 412.

(***a propriedade provincial***)

A propriedade provincial correspondia ao *ager publicus*, expressão que designava o conjunto dos territórios conquistados. Estes poderiam ser "tributários ou estipendiários". Uns e outros (estes prédios) seriam *res nec mancipe*,[126]não poderiam ser objeto de propriedade e, portanto, alienados. (*GAIO*) "*Chamam-se «estipendiários» os que ficam nas províncias consideradas como propriedade do povo romano; (...) «tributários» os que ficam nas províncias considerados como propriedade do imperador*." [127]

Os prédios situados fora da península itálica[128] (a "propriedade" provincial) não podiam ser objeto de propriedade privada. Os que detinham tais prédios deveriam pagar um tributo ao império (denominado *cânon ou stipendium*), ficando assim afastada a possibilidade de aquisição por via da usucapião.

O usufruto e as servidões, bem como a construção de casas e outros, no *ager publicus*; constituídos por contratos verbais ou outros contratos, eram denominados de *pactiones et stipulationes*. [129]

---

[126] (*GAIO*); "*Existe ainda outra divisão a fazer entre as coisas: a que distingue as coisas mancipáveis e as coisas não mancipáveis. São mancipáveis por exemplo as propriedades fundiárias em solo itálico, também os edifícios em solo itálico, bem como os escravos, os animais domésticos quer de tiro quer para montar, como bois, cavalos, mulas e burros; e igualmente as servidões dos prédios rústicos, pois as servidões dos prédios urbanos não são mancipáveis. Também não são mancipáveis os prédios estipendiários e tributários*" *Cf., GAIO* II, 21; Tradução de SEGURADO E CAMPOS, *Instituições Direito Privado Romano – GAIO*. Fundação Calouste Gulbenkian, 2010 GAIO II 14ª, Tradução de SEGURADO E CAMPOS, *Instituições Direito Privado Romano – GAIO*. Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p 168

[127] Cf., GAIO II, 21.

[128] Uma breve referência à propriedade pública romana, o *Ager Publicus*. Aqueles terrenos que pertenciam ao Estado; nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; " *provenientes, sobretudo, de conquistas militares (...) Roma quase se limitou a seguir o regime observado pelos povos vencidos: a Terra era, aí, propriedade do soberano ou da comunidade e os particulares tão-só gozavam da faculdade de explorar ou de a fruir com base numa concessão ou arrendamento* (…) *são diversas e nem sempre claras as formas de concessão, destacamos o* ***ager occupatorius****: é um terreno conquistado ao inimigo e cedido a particulares, por cuja fruição pagam, por vezes, um cânon* (…) *o* ***ager compascuo****: é um terreno do Estado cedido aos habitantes de uma cidade para a pastorícia, através do pagamento de um cânon periódico; ager vectigalis: é um terreno do Estado arrendado durante um prazo longo ou perpetuamente, mediante o pagamento de um cânon (vectical) periódico*; *o* ***ager privatus vectigalisque****; é um terreno do Estado, cujo direito de fruir foi vendido em hasta pública, obrigando-se o adquirente a pagar uma renda ao cânon (vectical) anual* (…) *pode ser transferido inter vivos ou mortis causa*(…) *o* ***ager viasis vicanis datus****; é um terreno do Estado situado nas margens das grandes estradas consulares, cedido a um particular com a obrigação de cuidar da conservação do lanço de estrada confinante*. "António dos Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021, pp, 321- 322

[129] *Cf., GAIO* II, 31.

(***as res***)

As coisas (*res*) poderiam ser de dois tipos; as fundamentais à economia doméstica, isto é, *res mancipe e* as secundárias à mesma, as *res nec mancipi.*[130]

As *res mancipe* eram as coisas importantes e correspondiam aos solos e edificações itálicas (*os fundi*), os escravos, os animais domésticos (que se domesticavam pelo pescoço ou pelo dorso) bem como todas as coisas essenciais à economia doméstica.

Por seu turno e, por exclusão, *as res nec mancipe* correspondiam às demais coisas; os prédios estipendiários (os situados nas províncias[131]), ainda os animais ferozes, os selvagens (mesmo que domesticados) e as servidões sobre prédios urbanos, entre outras.

(***formas de transmissão***)

Quanto às formas de transmissão das res, ex *iuri civile:* a aquisição das *res mancipi* (fase clássica) estavam sujeitas a duas formalidades alternativas, a *mancipatio* ou a *in iure cessio.*

O *mancipium* correspondia à propriedade adquirida pela forma do ritual (arcaico) denominado da *mancipatio* (cerimónia; um ritualismo arcaico **de origem etrusca**) que se efetuava perante cinco testemunhas, cidadãos romanos e adultos. O *mancípio accipens* (o comprador) ostentava uma balança em bronze, a *libripens*. Com a "*libripens pesava o preço* e, desta forma, batendo com o metal na balança validava-se *ex iuri Quiritium* a transmissão da *res mancipi".*[132]

Nas palavras de DI PIETRO BONFANTE;[133] *"O adquirente (mancípio accipens) que levava na mão* [o preço]*um pedaço de bronze, declarava solenemente que a coisa era sua porque a tinha comprado com aquele bronze e com aquela*

---

[130] *Cf., GAIO* II, 13,14 -17.

[131] Não existiram cidades situadas nas províncias com *ius italicum*, por isso, os *fundi* não itálicos foram, sem exceção, propriedade do imperador, não poderiam ser objeto de propriedade civil; *vide supra* notas 128 e 129.

[132] *Cf., GAIO* II, 22.

[133] "L´aquirente *(mancípio accipens) recanto in mano un pezzo di bronze, dichiarava solenemente che la cosa era sua e ch´egli l´avaya contrata com quel bronzo e com quela bilanza: hunc ego himinem ex iure quirintium meum esse aio isque mihi empius esto hoc aere aeneaque libra; indi batteva col bronze la bilancia e lo porgeva all´alienante quasi come prezo"* Alfredo Di Pietro Bonfante, *Istituzioni di Dirito Romano*, 1925, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano 107, p, 266.

balança; [a fórmula do pontífice que era proferida em simultânea declaração solene era] *hunc ego himinem ex iure Quirintium meum esse aio isque mihi empius esto hoc aere aeneaque libra; depois tocava com o bronze na balança e entregava-o ao vendedor como pagamento do preço*". [134]

O vendedor era o *mancipante, ou o traden*. O *traden* era obrigado a garantir a efetiva entrega da coisa ao *mancípio accipens*, o comprador.[135]

Já na fase de direito clássico[136]; para além da *mancipatio*, a alienação também poderia ser efetuada pela forma do *in iure cessio*. Apesar disso o modo comum de transmitir a propriedade das *res mancipi* era pela *mancipatio*, pois era mais prática. A opção pela *mancipatio* justificava-se porque [137] "*aquilo que podemos fazer nós mesmos, na presença de amigos, não é necessário fazer, com maior dificuldade, junto ao pretor ou ao governador da província*"[138]. (Já quanto às formas de transmissão d*as*) *as res nec mancipi*, desde que corpóreas, podiam ser alienadas pela simples t*raditio*. As *res nec mancipi* incorpóreas, sem corpo e, portanto, não passiveis de apreensão, deveriam ser transmitidas *in iure cessio.* Era o caso da transmissão do *ususfructus.* Mas se a alienação tivesse por objeto servidões sobre prédios rústicos, apesar das mesmas corresponderem a *res nec mancipi* incorpóreas, poderiam constituir-se também pela *mancipatio ou* pelo *in iuri cessio*[139].

3.5 - **Limitações ao direito de propriedade romana**

As limitações do proprietário *fundiário* podem classificar-se em três categorias gerais:

---

[134] Alfredo Di Pietro Bonfante, *ibidem*, p, 266.

[135] Esta garantia denominava-se *auctoritas*. Se a perdesse, se após a *mancipatio (tal como* na *in iure cessio) o traden não assegurasse* a efetiva *traditio* da *res mancipe;* o *mancípio accipens* poderia recorrer à ação de cumprimento do contrato de compra e venda (denominada de *actio auctoritais)*. Se o contrato não fosse cumprido, o vendedor, tal como hoje, deveria devolver o preço recebido, mas pagando-o em dobro. Este é o *direito base* do nosso regime do sinal, (artigo 442º número 2 do Código Civil).

[136] *Vide supra* nota 94.

[137] *Cf., GAIO*; "*quo denim ipsi per nos praesentibus agere possumos, hoc non este necesse cum maiore diffucultate praetore aut apud praesidem provinciae agere"* G, II, 25

[138] Tradução de Dárcio Rodrigues, *as Institutas de Gaio*, bilingue, 2020, YK Editora, São Paulo, pp, 101-102.

[139] *Cf., GAIO* II, 18-19, 22,24, 28 -30.

i) *Pati* - a tolerância ao exercício alheio sobre o *fundus*;

ii) *Non facere* - a abstenção em *pro* do exercício das faculdades de terceiros[140];

iii) *Facere* – correspondem a verdadeiros deveres jurídicos positivos; deveres fundiários de agir.

Acresciam certas proibições gerais; proibições que poderiam ser de diversa ordem, tais como as de vender as coisas objeto de litígio; proibição de venda do *fundus* destinado a dote por casamento; a proibição de venda dos *fundi* propriedade de menores; e outras que fossem concretamente impostas pelos magistrados.[141]

Na fundação da cidade os *fundi* romanos *ostentavam* as caraterísticas originais (marcantes) da absorvência, imunidade e confinidade. No entanto e, desde muito cedo (de forma progressiva) estas caraterísticas foram-se esbatendo. Neste crescendo destaca-se, já no segundo período da fase arcaico universalista, o constrangimento (a tais poderes) que correspondeu à tributação[142] sobre a (propriedade) da terra, imposta por Diocleciano em 292 a. C. No direito romano e até à *Lex Poetelia* de 326 a. C, as

---

[140] Neste sentido, Di Pietro Bonfante, *Istituzioni di Dirito Romano*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1925, p, 303

[141] Neste sentido Álvaro D`Ors, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 211

[142] A obrigação de pagar impostos não corresponde a uma verdadeira limitação aos poderes próprios do proprietário; é certo que a falta de pagamento de impostos poderá determinar, como nos nossos dias, no limite, a perda da coisa (do património) por via da apropriação pública, em consequência da execução fiscal. Não será arriscado afirmar que tal não corresponde a uma restrição ao direito de propriedade privada; *pois* o pagamento de impostos percebe-se como um dever geral de todos para com a comunidade. Este dever onera tanto o património (riqueza) como o trabalho. Corresponderá, no limite, a uma função coletiva da riqueza, ou uma obrigação para como a comunidade, mas não uma limitação, *lato senso*, aos direitos do proprietário.

dividas tinham garantia pessoal [143] e não patrimonial.[144] As dívidas contraídas em função e por causa do *fundus* tinham a garantia do credor que poderia aprisionar o devedor.

Quanto às *limitações* dos *fundi* (também dos urbanos) por razões das relações de vizinhança; deve ter-se por critério geral justificador o estabelecido nas fórmulas que proibiam aqueles atos que se determinavam como abusivos. Aqueles que viriam a ser nominados, na Idade Média (pela Escola dos Comentadores) como os *aemulatio ictus.* As limitações que se consubstanciam na proibição das intromissões ilícitas quando se verificavam, caso a caso, como não decorrentes do uso normal do *fundus*.

(***as intromissio***)

Uma especial referencia a *problemática* decorrente dos textos das fontes; em concreto[145] determinadas por *ARISTÓN* e *POMPÓNIO* quanto ao direito de emissão de fumos.

A propósito das emissões de uma fábrica de queijos (na cidade de Minturno) que afetava os prédios vizinhos; *ARISTÓN* determinou a emissão daqueles fumos como uma *intromissio* e, por tal, uma emissão ilícita.

ALFENO alarga, por analogia, a *intromissio* à emissão de fragmentos de (pedra) pedreira para o *fundus* vizinho.

No entanto *POMPONIO* iria admitir como lícitas as emissões decorrentes dos usos normais do *fundus* vizinho, para tanto refere-se aos "*fumos não espessos*"; aqueles que resultam do uso normal de um fogão doméstico. Aquelas emissões próprias do uso doméstico.

---

[143] No nosso direito percebem-se os três elementos da obrigação civil, o elemento *subjetivo* (que é composto pelas partes), o elemento *objetivo* (que corresponde à obrigação) e o elemento *imaterial (*que corresponde ao vínculo decorrente do acordo). O *vínculo*, no direito romano, também era identificado como o elemento central da obrigação. A teoria dualista percebeu o vínculo obrigacional romano como a divida, *debitum*; responsabilidade, *obligatio*, (Alois Brinz - século XVIII). Nas palavras de ANTUNES VARELA e JOÃO DE MATOS; "*o dever de prestar* corresponde à *necessidade de observar certos comportamentos e o segundo* [obrigação] *na sujeição dos bens do devedor, ou de terceiro, aos fins próprios da execução". Das Obrigações Em Geral*, 10ª edição, *2003*, pp,143-144. Até à *Lex Poetelia* de 326 a. C, que aboliu o *nexus*, a falta de pagamento da obrigação (garantida pelo contrato de *nexum*) conduzia, no limite, à escravidão do devedor, que se via "apreendido" em consequência da ação legal de *manus iniectio*; *vide supra* nota 81.

[144] *Cf.*, Artigo 601º do Código Civil. "*Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora* (…) ".

[145] *Cf.*, D 8, 5, 8 (5-6).

Surge (então) o conceito de uso normal da coisa, afinal a base ao conceito de "*uso regular"* ou "*regular função económica da coisa"*. Este critério (que distingue o uso normal do excessivo) será determinante; e resulta acolhido pelas posteriores teorias do *uso normal* e (posterior) teoria do *abuso de direito*. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[146] "a *iniciativa partiu dos Comentadores que elaboraram a doutrina dos «atos de emulação"; o proprietário só não pode realizar atividades que sem nenhuma (ou muito escassa) utilidade própria, se destinem a causar dano a outros.* "

Estas proibições correspondiam(em) *à ratio* das limitações aos poderes dos proprietários; que se sintetiza na proibição do exercício de tais poderes (do proprietário) com *animus nocendi.*

Como referido (já) os romanos recusavam e não reconheciam o direito de desfrute da coisa (própria) em atuação desprovida de utilidade razoável. Sempre que do exercício (inútil e dos atos próprios) resultasse prejuízo para os demais. Ou seja, na medida em que, simultaneamente, não lhes eram, em absoluto, de utilidade alguma e, cumulativamente, se revelassem perniciosos aos *fundi* vizinhos. Referem-se os atos vazios de utilidade económica. Quando tais atos fossem motivados por astenias, *fossem de ódio*, vingança ou outros sentimentos irracionais, invariavelmente sustentar-se-iam no *animus nocendi*.

(***atos vazios***)

O antes referido determina que as limitações ao direito de propriedade romana sustentavam-se na censura aqueles "atos vazios" de utilidade, asténicos, percebidos como atos emulativos (*aemulatio ictus*) que resultaram percebidos, *em crescendo*, dos "*mos"*, "usus", dos "*mores maiorum",* dos "*augures"* declarados pelos sacerdotes, das fórmulas dos pretores e das Lex do Rex (*Papirium*); sustentam-se, posteriormente, nas Leis das XII Tábuas, jurisprudência e posteriores (e abundantes) leis pós *Decenvirais*.

[146] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica,* 26, Coimbra Editora, 1997, p.35.

As limitações à propriedade privada romana percebem-se por três ordens de razões, de ordem religiosa, pública[147] e privada.

I - Por razões de ordem religiosa:

As limitações impostas essencialmente por razões de ordem religiosa ou morais:

(***sepulcro***)

i) As proibições da inceneração de cadáveres e sepulcro dentro da *civitas* (a menos de 60 pés). Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [148] "*A tábua X conteria algumas disposições de natureza funerária e samptuária, A disposição 1 proibiria que alguém fosse sepultado ou incinerado dentro do pommerium da cidade. (não seja sepultado nem queimado dentro da cidade qualquer homem morto).*"

(***funerais***)

ii) Os funerais, por razões de ordem moral, não deviam ser luxuosos. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA;[149] "*as disposições contidas na lei 6 proibiriam o luxo nos enterros, referindo-se à unção dos cadáveres, às libações fúnebres em sua honra, etc. Veja-se Cicero, de legib. 2, 24, 60 e Festo, vbs. resparsum e acerra*" (…) "*A lei 8 diria: não lhe ponhais oiro (no cadáver)*";

(***intransmissibilidade***)

iii) O túmulo não podia ser vendido; acrescia à proibição de disposição do túmulo a sua imprescritibilidade. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [150] "*Finalmente,* [Tábua X, leis 9 e 10] *determinariam (...) a imprescritibilidade de aquisição por usucapião das sepulturas e sepulcros.*"

---

[147] Os romanos percebiam a distinção entre o direito privado e o direito público, à mesma estava inerente a função de cada um deles. A função do direito privado era regular os interesses privados, a função do direito publico era regular os interesses públicos, (*Cf.* D I, 1, 1, 2.)

[148] Luís Cabral De Moncada, *Elementos De História Do Direito Romano- Fontes e Instituições*, Coimbra Editora, 1923, p. 346.

[149] Luís Cabral De Moncada *ibidem*, p. 347.

[150] Luís Cabral De Moncada *ibidem*, p. 347.

(***distanciamento***)

iv) Os túmulos e sepulcros não podiam ser construídos junto às habitações, deveriam respeitar determinadas distâncias. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [151] "*Finalmente*, [tábua X, leis 9ª e 10ª] *determinariam as distâncias que deveriam ser guardadas nas construções dos sepulcros com relação a outras edificações particulares (...) Vid. Festo. Vb. Forum e bustum*."

(***augures***)

v) Os *augures* (na fase de direito arcaico nacionalista) determinavam como lícita a demolição de determinada casa. Para tal os sacerdotes deveriam alegar a dificuldade no voo daquelas aves que deveriam ser "interpretadas". Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[152] "*os augures*[153] *podiam ordenar a demolição de casa (aedes) que os impedissem de perscrutar o voo das aves* (…) [com referência - nota de rodapé 12] *Cicero, De Off. 3, 16, 66*".[154]

(***maus-tratos***)

vi) Maus-tratos do escravo; como sabemos o objeto da propriedade nos tempos antigos podia ser o próprio homem; tratava-se também de coisa[155]. No entanto o proprietário de outro homem, o proprietário do escravo, tinha também os seus poderes limitados por razões de ordem religiosa. Se não o tratasse na doença perderia a *proprietas* sobre o seu escravo. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [156] "*um edictum de Cláudio retirou a propriedade ao dono que abandonasse o servus doente que adquiria a libertas latina*. [[157]] [também] (…) *o dominus era obrigado a libertar o escravo a quem o tivesse vendido, concedendo-lhe a liberdade e recusasse cumprir o contrato*. (…) *também um rescriptum de António Pio obrigou o dono a*

---

[151] Luís Cabral De Moncada *ibidem*, p. 347.

[152] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano --- III (Direitos Reais), Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, p.33.

[153] *Vide supra* nota 106.

[154] *Vide supra* nota 106.

[155] *Vide supra* nota 67; nota 81; desenganem-se os que a acham a escravidão humana extinta. Infelizmente não está, são milhares os escravos que existem na atualidade e assumem as mais diversas formas e graduações.

[156] António Dos Santos Justo, *ibidem*, p, 33.

[157] *Vide supra* nota 114.

vender o servus que, maltratado, tivesse de procurar asilo num templo ou na estátua do imperador."[158]

II- *Por razões de ordem pública*:

As limitações, impostas *essencialmente* por razões de ordem pública: nas palavras de ÁLVARO D`ÓRS; [159] "*impostas pelo ordenamento jurídico tendo em atenção razões de interesse Público, seja na forma da expropriação*[160] *ou na forma de proibição limitativa*".

(***expropriação***)

i) A expropriação correspondia à mais grave das restrições à propriedade de direito Romano. Nas palavras de ÁLVARO D´ÓRS; " *o direito Romano não conheceu uma teoria da expropriação forçada como o direito moderno, mas na prática a expropriação existia realmente* (…) *como ato de Império* (…)*os magistrados com autorização do Senado podiam dispor dos bens privados* "; neste sentido também ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO refere que;[161]" *embora não haja, em Roma, uma disposição legal de expropriação por utilidade pública, na prática esta expropriação existiu; Autoridade pública podia apoderar-se de uma res alheia, observando as condições: indemnizar o proprietário; e destinar as res expropriada à satisfação do*

---

[158] *Cf., GAIO* 1, 53; D 1, 6, 1, 2.

[159] Álvaro D´Ors**,** *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p 209.; Tradução livre.

[160] Também (este autor) distingue claramente a expropriação das limitações públicas (proibições limitativas como distintas das razões de interesse público); as "*prohibicion limitativa*" limitam os poderes e faculdades próprias do direito de gozo privado, sem o extinguir, comprimindo-o; Nas Palavras de ÁLVARO D´DÓRS;" *hay, tambiem otras limitaciones que son impuestas por el ordenamento jurídico en atencion a razones de intererés publico, sea en forma de expropriación o de prohibición limitativa*".) - Álvaro D´Ors**,** *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p 209.

[161] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano, Cit.*, p, 30; que prossegue referindo que; "*a ausência de uma alusão, nas fontes jurídicas clássicas, a este instituto não tem impedido a romanística moderna de encontrar algumas aplicações na construção de aquedutos e de estradas. Mas terá sido na época clássica, sobretudo a partir de Teodósio II, que se consolidou, quando a determinados magistrados foi concedido a faculdade de demolir edifícios após a indemnização dos proprietários."*

interesse Público". A expropriação terá constituído uma prática dos poderes públicos em Roma a partir do ano 200 a. C. [162]

(***materiais incorporados***)

ii) Os materiais de construção, depois de incorporados, não poderiam ser reivindicados. (tal como hoje constituíam-se como parte integrante da coisa principal). Era vedada a reivindicação de materiais de construção por parte dos proprietários (dos materiais) depois de integrarem a obra ou a vinha; não seria permitido reivindicar a trave de um edifício ou de uma vinha.[163] Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; "*lei VII*; [XII tábuas] *tradu: - «não seja permitido reivindicar (e distrair da construção?) a trave junta aos edifícios ou a» (...) uma vinha. Era uma medida de interesse Público da cidade a fim de que as construções e a agricultura não fossem prejudicadas com as reclamações dos materiais de construção por parte dos proprietários.*"[164] As traves poderiam, no entanto, ser retiradas da vinha, mas só após a vindima; tal como resulta da lei 7. Neste sentido reitera-se nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [165] "Lei *8; tradu: «quando um dia a vinha tiver sido podada* (…) *até que (as traves ou materiais de construção) tenham sido distraídos…»; isto é, até esse momento não possam ser reivindicados ou retiradas pelo dono essas coisas (ne solvito).*"[166]

(***margens***)

iii) Os proprietários das margens dos rios (ou dos terrenos à *beira-mar)* estavam sujeitos ao *pati* de suportar o uso por parte de terceiros (à beira-mar até de construção de abrigos). Em Roma, os terrenos ribeirinhos eram "de" propriedade privada. Os donos dos prédios ribeirinhos estavam sujeitos a uma verdadeira limitação

---

[162] C*f*., António Dos Santos Justo; *Direito Privado Romano*, p, 30, nota 3. (com referência a LOZANO CORBI); episódio descrito por TITO LIVIO que sustenta a posição contrária (ausência de expropriação em Roma) é contraditado por Lozano Corbi, *in "EXISTIO EN LA EPOCA REPUBLICANA ROMANA EL DERECHO A LA EXPROPIACION FORZOSA POR CAUSA DE UTILIDAD PUBLICA?"*., Revista de Estudios Histórico-Jurídicos lXVII - Sección de Derecho Romano- XVII (Valparaíso, Chile, 1995), disponível na internet; http://www.rehj. cl/index. php/rehj/ article/view/220/20 9.

[163] C*f*. D 6, 1, 23,6, 59.

[164] Luís Cabral De Moncada, Elementos De História Do Direito Romano - Fontes e Instituições, Coimbra Editora, 1923, p. 334.

[165] Luís Cabral De Moncada, *ibidem*, p. 334.

[166] C*f*., D 6, 1, 59.

à propriedade privada por razões de ordem pública. Estes proprietários deveriam tolerar (pati) a passagem e a atracação de barcos, a colocação de redes a secar e outras semelhantes. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [167]"*os terrenos confinantes com os rios navegáveis eram obrigados a permitir a utilização das suas margens (usus publicus riparum) aos navegantes para aí desenvolverem atividades relacionadas com a navegação e a pesca, v.g atracar embarcações, secar redes de pesca, etc.*".

O livro um, título VIII do Digesto, dispunha; "*sobre a divisão e qualidade das coisas*", estatuindo que;[168] "*O uso das ribeiras e dos rios é Público por direito das gentes. Qualquer um terá liberdade para atracar às margens o seu barco, nas árvores que ali houver. Ali pôr a secar as redes e tirá-las das águas; descarregar nas margens as barcas, assim como navegar pelo próprio rio. Mas a propriedade dessas ribeiras pertence aos proprietários dos prédios contíguos, pelo qual pertencem-lhes também as árvores que ali hajam nascido nas ribeiras. Os que pescam no mar têm liberdade de pôr uma cabana no litoral para nelas se abrigarem*".[169]

(***passagem***)

iv) Também por razões de interesse Público impunha-se aos proprietários particulares o *pati* de passagem no seus *fundi* quando não cuidassem de manter em bom estado as vias com que confrontavam os respetivos *fundi*. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[170] *"se uma via fosse deteriorada por inundação ou ruína, (vel, fluminis impetu vel ruína) o proprietário do fundus mais próximo devia permitir a circulação do trânsito sobre o seu terreno (praestare viam)"* é o que decorre da Lei Das XII Tábuas -Tábua VII lei 7. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA;[171]" *Lei 7. trad.: - tomai o caminho (público): se não tirarem as pedras dele (se não poderdes passar), podereis ir por onde quiserdes com carros e animais*";

---

[167] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano, Cit.*, p, 31.

[168] Cf., D 1, 8,5; Tradução Castelhana por D´ÓRS; HERNANDES – TEJERO; P. FUENTESECA; M GARCIA – GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, (Vol. I). Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975, pp., 69-70.

[169] Tradução Livre.

[170] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano, Cit.*, p.31

[171]Luís Cabral De Moncada, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, 1923, Coimbra Editora, p 337.

(***ambitus* e *finis***)

v) Por razões de ordenamento urbanístico; verificavam-se limitações que impunham uma determinada distância entre as construções urbanas, denominadas de *ambitus* e de *finis*.[172] A Tábua VII dispunha sobre o direito de vizinhança; nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [173] "*Esta tábua conteria talvez as disposições relativas aos deveres recíprocos dos proprietários vizinhos* (…) *mas delas não nos chegaram mais do que algumas palavras* (…) *assim a primeira disposição regularia a distância que deveria ser deixada entre os edifícios e largura das ruas. O ambitus ou o espaço em redor das edificações seria de dois pés e meio (sestertius pes*) (…) *o finis era uma faixa de terra de cinco pés (finis quinque pedum) formados por dois pés e meio tirados a cada um dos prédios confinantes que deveria ser deixado livre, de forma (...) os proprietários poderem passar por aí e voltar o arado"*

(***traça de edifícios***)

vi) Por questões de estética urbanística e traça dos edifícios; assinala-se a obrigação dos proprietários de respeitar a beleza dos edifícios. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[174]" *no ano de 212, o sc Acilianum protegeu a beleza dos edifícios, proibindo os proprietários de arrancar as esculturas, as estátuas e todos os elementos ornamentais* (…) *na época clássica, foram regulamentadas a altura, a distância estética dos edifícios e o ambitus foi substituído pelo sistema moderno das paredes meeiras*".

(silos)

vii) Assinalam-se as limitações (ao poder dos proprietários privados) de efetuar construções que se revelassem como obstáculo (ou prejudicassem) à ação do vento (à concreta) recolha e tratamento de sementes nos silos públicos vizinhos; Nas

---

[172] Diverso dos ***finis*** ou ***confinium*** (que separava os prédios compreendidos na mesma Centúria) era *o iber limitare*; O ***Iber limitare*** separa as *Centuria*s; entre estas deveriam estabelecer-se caminhos que teriam uma largura de 8 pés o de 16 pés consoante o caminho fosse reto ou em curva, nas palavras de CABRAL DE MONCADA; " esta era o *iber limitare*, distinto do *finis* ou *confinium (...) separava os prédios compreendidos na mesma centúria (...) que devia medir oito pés de largo nos sítios quando ele correria em todo o seu cumprimento e dezasseis onde se quebrava tomando outra direção"* Luís Cabral de Moncada, *Elementos da História do Direito Romano*, Cit., pp., 337-338.

[173] Luís Cabral De Moncada, *ibidem*, pp., 335-336.

[174] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano Cit.*, pp, 31-32.

palavras de ÁLVARO D´ÓRS; [175] "*o direito Romano não conhecia a teoria da expropriação* (…) *como o direito moderno, mas na prática a expropriação existia realmente* (…) *Constantino ameaçava com o confisco (CTh.15,1,4; cfr Justiniano CJ, 3, 34,14,1) das construções que pudessem prejudicar os silos públicos situados nas suas proximidades*". (*granaderos públicos* [silos de cereais públicos]). Como referido o Código[176] dispunha sobre estas proibições de edificações prejudiciais, que não protegiam, em exclusivo, os silos públicos, mas todos aqueles *fundi* que resultassem prejudicados nos trabalhos de separação dos cereais da palha (*a malha*) "*sendo lícito proibir o seu vizinho que levante cerca ou edifício de forma que o vento resulte intercetado, ou perca força, no referido obstáculo e desta forma não se pudesse proceder à separação dos grãos da palha. Sempre que da referida edificação resultasse diminuída a força do vento na eira onde deveriam decorrer os trabalhos de separação dos grãos da palha, verificando-se que pela situação dos terrenos tal construção impediria o auxílio e afluxo do vento. Fica proibido a quem quer que seja que edifique desta maneira, ou de qualquer outra, da qual resulte que a força do vento útil e suficiente para os referidos trabalhos, se manifeste prejudicado, à malha dos cereais.*"[177]

III- Por razões de direito privado.

As limitações impostas por razões de ordem (direito) privado:

(***naturaliter defluere***)

i) A proibição de desvio de águas pluviais, (*a naturaliter defluere*) prevista na Lei das XII Tábuas - tábua VII oitava lei; nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [178] "*Lei 8. trad. :«.se água da chuva causar dano…» este fragmento combinado cum o fragmento de Paulo no Digesto (43, 8 5) e outros (39, 3, 1 e 2) põe em evidência o direito que tinha todo o particular de se opor a que outro alterasse o*

---

[175] Álvaro D´Ors**,** *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 209 – Tradução livre.

[176] C*f*., CJ 3, 34,14,1.

[177] (KRIEGEL; HERMANN Y OSENBRÜGGEN); Tradução para o castelhano (KRIEGEL; HERMANN Y OSENBRÜGGEN) por D. Ildefonso Garcia Del Corral; *CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO*, Tomo IV; segunda parte, CÓDIGO, Tomo I, pp 383-384, Jaime Molinas, Editor – Valencia, 1992, pp, 383-384; Tradução Livre para o idioma português.

[178] Luís Cabral De Moncada, *Elementos De História Do Direito Romano*, Cit., pp, 337-338.

natural defluxo das águas da chuva caídas no seu prédio por forma a prejudicar (...) Servia para este fim a actio aquae pluviae arcendae, com a qual o proprietário lesado podia fazer destruir todas as obras efetuadas pelo vizinho para alterar o fluxo da água."

(***arboribus caedentis***)

ii) O corte de árvores e seus ramos quando se inclinassem (propendessem) e se projetassem para o terreno vizinho em altura superior a 15 pés. Esta solução corresponde à que resulta (já) da Lei das XII Tábuas[179] e do *ius Civile*.[180] Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [181] "*A Lei 9ª estabeleceria uma outra limitação ao direito de propriedade fundada nas relações de vizinhança entre proprietários rústicos, pela qual todo o proprietário podia exigir do vizinho que cortasse os ramos das árvores ou plantas que se inclinassem sobre o seu prédio, a menos de 15 pés de altura. Existia para garantir este direito uma actio de arboribus caedentis."*

O *ius Civile* distinguia três situações diferentes; a árvore que inclinava sobre a casa do vizinho; a que se projetava por modo a ensombrar o *fundus* confinante; (por fim) a árvore que se inclinara por força do vento.

Dispunha, em *interdicto* proibitório que; [182] " [o pretor] *proíbo que, se não a arrancas tu, impeças com violência que o demandante a arranque e fique com a árvore que se inclina da tua casa para a dele*"(…) "*LÁBEON diz que se o proprietário não a arrancar então deve permitir que aquele a quem a mesma estorva a corte e fique com a lenha*" (…) "*se deixas de podar os ramos, no mínimo, até 15 pés sobre o solo, proíbo-te que impeças, com violência, que o demandante o faça e fique com a lenha da árvore que se inclina sobre o seu campo* "(…) "*faz-se assim para que não prejudique o campo vizinho com a sombra da sua árvore. A diferença entre os dois capítulos deste interdito consiste em que quando a árvore se inclina sobre uma casa ordena-se que a cortem, mas se a árvore se inclina sobre um campo ordena-se que seja podada até aos 15 pés de altura (Ulp, 71.ed)* .[acrescia ainda uma terceira hipótese] *Se uma árvore do fundus vizinho se inclinou sobre o teu fundus por*

---

[179] Cf., Lei das XII Tábuas, tábua VIII, lei 9ª.

[180] Cf., D 43,27, 1,7

[181] Luís Cabral De Moncada, Elementos De História Do Direito Romano-, Cit., pp, 337-338.

[182] Tradução para o castellano de, A DÓRS; HERNANDES – TEJERO, P. FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Editorial Aranzandi, Vol. III, Pamplona, 1975, pp 440-441; Tradução Livre

força do vento, segundo a lei das XII tábuas relativas ao corte de tal árvore, podes demandar o vizinho para negar-lhe o direito de ali manter aquela árvore (Pomp. 3 (3) Sab."

(***glans***)

iii) O *pati* de recolha de frutos (glans) ou quaisquer objetos caídos no *fundus* confinante[183]; nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [184] "*A lei 10ª concedia ao proprietário o direito de penetrar em certos dias (tertio quoque die) no prédio do vizinho para aí poder apanhar as landes caídas das suas árvores. Cfr. Dig. 43, 28, 1."* Era esta a solução do nosso direito base;(atente-se) nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [185] "por *força* (…) *da lei das XII tábuas, o dono de uma árvore podia penetrar no fundus vizinho para recolher a belota (glans) aí caída. O pretor reconheceu esta faculdade e dispôs que a entrada podia ocorrer em dias alternados* (…). *Esta permissão foi estendida a toda a espécie de frutos e mesmo a quaisquer objetos no caso de não ser possível o recurso à actio ad exhibendum* [[186]] (…) *podia ser obrigado a prestar uma garantia por eventuais danos".*[187]

O *ius Civile*[188] determinava, pelo *interdicto* de recolha de *glans*, que; [189] "*Diz o Pretor «proíbo que impeças, com violência, que o demandante possa passar, recolher e levar, em dias alternados, a belota que caia do seu campo no teu» o termo belota abrange todos os frutos das árvores (Ulp.71 ed)*".

---

[183] C*f*., Leis Das XII Tábuas, Tábua VIII, lei 10ª.

[184] Luís Cabral De Moncada, *Elementos De História Do Direito Romano*, Cit., p. 338

[185] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, p 34.

[186] Cf., D 10, 4.9,1.

[187] A ação exibitória correspondia àquele procedimento que *obrigava (interdicto) a exibição* do que se encontra no *fundus* do confinante; "*escreve Pompónio que compete à ação exibitória (...) pois se não me permites recolhê-la ficas obrigado a exibi-la tal como alguém que não permita retirar os meus materiais que estavam no teu campo*" Tradução para o castelhano por; A DÓRS; HERNANDES-TEJERO, P. FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Vol.-I, Editorial Aranzandi, Pamplona , 1975, p 437-438.; Tradução Livre para o idioma português.

[188] Cf., D 43, 28, 1.

[189] Tradução para o castelhano por; A DÓRS; HERNANDES-TEJERO, P. FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Vol.-I, Editorial Aranzandi, Pamplona , 1975, p, 441. .; Tradução Livre para o idioma português.

O proprietário dispunha do *interdictum de glande legenda*[190], nas palavras de ÁLVARO D´ÓRS[191] "*para que o vizinho não impeça de passar, em dias alternados, o proprietário da árvore a qual cai a fruta para o seu terreno.*"

(***aprisionamento de águas***)

iv) Era vedado aos proprietários o "aprisionamento" das águas da chuva. Estas deveriam fluir livre e naturalmente para os *fundi* de situação geográfica inferior; sendo ilícito aos proprietários dos terrenos superiores diminuir artificialmente o afluxo das águas aos *fundi* inferiores. Para tanto deveriam suportar os danos causados pelas águas pluviais retidas ou dirigidas por ação humana[192] . Nas palavras de CABRAL DE MONCADA[193];"*se a água da chuva causar dano; este fragmento combinado com o frag. de Paulo no Digesto (43, 8 outros (39, 3, 1 e 2) põe em evidência o direito que tinha o particular de se opor que qualquer outro alterasse o natural de fluxo das águas da Chuva caídas no seu prédio por forma a prejudicar o seu*; (por sua vez) o Digesto[194] estatui; quem " *sem a autorização de o proprietário efetuar uma obra* [retenção ou alteração do fluxo de águas da chuva] *de que resulte prejudicado o seu vizinho, respondeu Labeón* (…) *procede o interdicto «dos que com violência ou clandestinamente» e contra o proprietário do fundus* (…) *na ação de contestação de água pluvial, uma vez que este só pode restituir mediante a demolição da obra; mas só está obrigado a tolerar (que se faça)* [a obra] *sempre que seja prestada caução pelo dano eventual bem como ser ressarcido das despesas com o trabalho de demolição*."[195]

O proprietário dispunha da *actio pluviae arcendae*[196], nas palavras de ÁLVARO D´ÓRS;[197] "*para impor ao vizinho a obrigação de restabelecer o curso normal das águas da chuva, por este alterado.*"

---

[190] Cf., D 43, 28.

[191]Tradução Livre; Álvaro D´Órs, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 206.

[192] Cf., Lei Das XII Tábuas, Tábua VII, lei 8.

[193]Luís Cabral De Moncada, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, Coimbra Editora, 1923, pp, 339-340.

[194] Cf., D 39, 3, 5.

[195] Tradução para o castelhano por; A DÓRS; HERNANDES-TEJERO, P. FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Vol.-I, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1975, pp, 171-173.; Tradução Livre para o idioma português.

[196] C*f*., D 39.3.

[197] Tradução Livre; Álvaro D´Órs, *ibidem*, p, 207.

(***immissio***)

v) Saber se os proprietários tinham os seus poderes limitados pelo o *pati* de suportar as emissões de fumos, ruídos, humidades, odores e outros, é identificado como uma questão complexa; ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO refere-se a estas limitações aos poderes dos proprietários privados como um; [198] "*problema que há muito tem preocupado a romanística, sobretudo porque o princípio de que o proprietário pode realizar qualquer atividade no seu fundus, desde que não resulte uma immissio* (…) *constitui um problema que há muito tem preocupado a romanística".*

Decorre das fontes que;[199] "*só é lícito fazer alguma coisa na sua propriedade se não se intrometer na propriedade alheia e a emissão de fumo e água é uma intromissão*". Na busca do critério que permitisse distinguir as emissões lícitas das ilícitas, nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [200] os "*Comentadores* (…) *elaboraram a doutrina dos atos de emulação*[[201]]*: o proprietário só não pode realizar atividades que sem nenhuma* (ou muito escassa) *utilidade própria, se destine a causar dano a outro* (…) *esta teoria depara com a dificuldade de investigar* (…) *os motivos e os fins que a determinaram* (…) *uma teoria diferente - que remonta aos começos do século XIX e procura responder ao espírito e às exigências económicas de uma sociedade em que a produção industrial tendia a desenvolver-se, entende que devem considerar-se lícitas e ilícitas, respetivamente, as immissiones resultantes dos*

---

[198] António Dos Santos Justo, *Direito privado romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica,* 26, Coimbra Editora, 1997, p 35

[199] Com referência ao D 8,5 (5); "*só é lícito fazer alguma coisa na sua propriedade se não se intrometer na propriedade alheia, e a emissão de fumo e água é uma intromissão*"; Tradução para o castelhano por; A DÓRS; HERNANDES-TEJERO, P. FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Vol.-I, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1975, p 367; Tradução Livre para o idioma português.

[200] António Dos Santos Justo, *ibidem,* pp, 35-36.

[201]"Atos de emulação", expressão que não deve ser confundida com a usada com referência às obras que o particular poderia fazer sem autoridade do príncipe C*f*., D 50, 10, 3; " *um particular pode fazer uma obra nova, inclusivamente sem autoridade do príncipe, sempre que a faça por emulação com outra cidade*(…) *caso contrário declaram as constituições imperiais que não se pode fazer uma obra nova à custa de uma cidade sem autorização do príncipe* (…) Tradução para o castelhano por; A DÓRS; HERNANDES-TEJERO, P. FUENTESECA, M GARCIA-GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Vol.-I, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1975, p 834.; Tradução Livre para o idioma português.); nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*o nome desta teoria deriva da expressão ad aemulationem utilizada por MACER (D 50, 10, 3 pr), mas com significado lexical de rivalidade, igualação, imitação; e só na linguagem jurídica medieval assumiu o sentido de atividade realizada animo nocendi*" António dos Santos Justo, *ibidem,* p, 35, (nota 22).

usos normal e anormal da res própria. É a conhecida teoria do uso normal que (sobretudo) os juristas alemães elaboraram e consolidaram, igualmente apoiados em textos romanos."

4. A evolução da propriedade no nosso País (*brevíssima*).

A "nossa" propriedade (desde a fundação da Pátria) teve por (inevitável) referência o Direito Romano (também o regime da propriedade).

A conceção da propriedade e *ratio* às suas limitações correspondeu ao direito sobre as coisas (ou direitos reais) que haveria de evoluir até aos nossos dias.

Após a queda do Império do Ocidente[202] as ex-províncias romanas (como o território Pátrio) recebem o afluxo de influências diversas. Nas palavras de CABRAL DE MONCADA; [203] "*Estes direitos que a república tinha deixado subsistir nas províncias e que tinham depois contribuído para a formação do jus gentium (...) viviam, com efeito, como uma terceira formação jurídica, embora comprimida e latente, ao lado do direito romano e do vulgar. Era o direito popular ou provincial, o volksrecht*" (o direito popular).

No período pós-clássico e Justinianeu[204] verificou-se a evolução do conceito de propriedade e a alteração do paradigma individualista de desfrute da coisa. [205]

---

[202] O império *Bizantino* teve o seu termo convencionado em 1453, em consequência das invasões Turcas (Otomanas) de Constantinopla.

[203] Luís Cabral De Moncada, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, Coimbra Editora, 1923, p 217; As Fontes de direito deste período sintetizam-se na lei (como expressão da vontade do soberano); costume; a *baixa jurisprudência*. (foram criadas duas compilações de leis, de caráter particular e não oficial, o *Código Gregoriano* e *Hermogeneano* e um terceiro mais importante, o código *Teodesiano* de 438, (a primeira compilação oficial de leis de direito Romano. referem-se ainda as compilações bárbaras nominadas de Breviário de Alarico, a *Lex Romana Borgundiorum* e o *Edito Teodorici*).

[204] Após a morte de Justiniano o direito romano segue dois caminhos diferentes. Só no Oriente (Bizâncio) se mantém o rigor próprio a esta conceção jurídica universal. No entanto o direito romano, até aos nossos dias, nunca deixou de ser estudado. Neste sentido CABRAL DE MONCADA (*vide* páginas 281 e seguintes) refere o surgimento das importantes escolas de estudo superior do direito romano, anteriores aos Glosadores, as de Roma, Ravena, Paris, Leão e Orleães. Seguiram-se-lhe as escolas dos Glosadores de Bolonha (século XI) e dos Comentadores ou Pós-Glosadores (séculos XIV e XV); a escola Histórico Crítica (século XVI); a Escola de Direito Natural (séculos XVII e XVIII); a Escola Histórica (século XIX).

[205] A noção de coisa simplificou-se, percebeu-se como geral e abstrata, nas palavras de CABRAL DE MONCADA; "*A noção de coisa (res) torna-se uma noção mais geral e abstrata*

A reconquista (no período imediatamente anterior à nacionalidade) determinou o primeiro ordenamento da propriedade territorial. Os serviços militares prestados impunham a concessão de largos domínios aos senhores de exércitos privados e às ordens militares. Nas palavras de RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE; "*a esta forma de aquisição do domínio, feita por vezes à revelia do Rei, outras com a expressa anuência deste, dá-se a designação de presúria, título que se alega em muitos atos da época para fundamentar o direito de propriedade, apesar de ser uma forma de adquirir domínio mais privilegiada e independente da pessoa do monarca*".[206]

Esta forma de ocupação das coisas que não têm dono operava na medida da intenção do adquirente em as fazer suas.

(***as presúrias***)

As *presúrias* corresponderam à primeira forma de propriedade (que se pode considerar privada) no período da Reconquista. Nas palavras de MARCELLO CAETANO; [207] "*Afonso III* [das Astúrias] *ordenou o repovoamento do território ao sul do Rio Minho; a cidade de Portucale foi ocupada em 868, e ao redor desta data operou-se a construção de outras cidades, até Viseu. Todas as terras ermanadas* [[208]]

---

moldando-se mais sobre as exigências da vida económica (...) o que faz que o conceito dos diferentes direitos reais se torne também mais sistemático e estes ou as ações correspondentes se esquematizassem num certo número limitado de tipos de um valor mais universal. Desaparecem as antigas e históricas divisões das coisas em mancipi e nec mancipi, prédios itálicos e provinciais e substitui-se-lhes, como divisão fundamental delas, assente num critério económico de utilidade social, a divisão das coisas em móveis e imóveis (…) *O próprio conceito de propriedade modifica-se e tende a abrir-se ao influxo de ideias mais precisas de moralidade e utilidade social* (…) *esta instituição perde o seu carácter excessivamente individualístico* (…) *são proibidos pelo direito da época Cristã em numerosos casos os chamados atos emulativos* (…) *antes praticados pelo proprietário sem interesse próprio e de que resulta uma lesão de interesses respeitáveis de terceiros* ", Luís Cabral De Moncada, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, Cit., pp 260-261.

[206] Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História Do Direito Português*, Vol. I - Tomo II, Faculdade De Direito, Lisboa, 1983, pp 57-58

[207] Marcello Caetano, *ibidem*, p, 121-124.

[208] ***Ermanados*** **eram os territórios que**, na reconquista, **não estavam despovoados** (após a fuga dos invasores árabes) nas palavras de MARCELLO CAETANO; "*à medida que a Reconquista ia progredindo para o sul a ocupação de terras ia sendo feita não só por gente vinda do Norte, imbuída dos costumes germânicos, mas também por moçárabes, residentes na região ou fugidos da zona muçulmana, geralmente mais fiéis à tradição romana. Nos territórios que não tinham sido ermanados e, portanto, não estavam despovoados, a boa prática era aproveitar as povoações existentes, onde os Cristãos, reforçados pelos reconquistadores, passavam a dominar. À data da*

ou tomadas aos muçulmanos por conquista eram consideradas sem dono (res nullius) e, portanto, suscetíveis de ocupação ou presúria (…) *tratava-se de uma ocupação a que o direito mandava dar toda a publicidade. Por vezes, em sinal do encargo régio que o presor desempenhava, este tomava posse das terras com a sua gente, ostentando o estandarte real e fazendo soar as trombetas; é o que os documentos exprimem pela frase cum cornu et albende de rege".*

Na formação do nosso País,[209] "os grandes proprietários" foram a nobreza a igreja e as ordens militares, nas palavras de MARCELLO CAETANO; [210] "*À data da formação de Portugal, o território que lhe serviu de base compreendia, pois,*

---

formação de Portugal, o território que lhe serviu de base compreendia, pois, terras da coroa leonesa, grandes domínios de nobres ou de entidades eclesiásticas, municípios aqui e além e pequenas explorações livres (alodios).", Marcello Caetano, *História Do Direito Português*, Editorial Verbo 3ª edição, 1992, pp, 124-125.

[209] Durante a reconquista; o repovoamento teve por base a distribuição da terra; efetuada, grosso modo, pelas já referidas *presúria*. Os outros fatores de *mudança e divisão* da propriedade das terras podem identificar-se como os *préstamos*, as *doações régias* e os *testamentos*. **Os *benefícios ou préstamos*** - correspondiam à submissão de um homem a outro mais rico e poderoso. O homem autossubmetido jurava devoção e fidelidade (*na paz e na guerra*), o pagamento efetuado ao "vassalo" era, de forma usual, em terras; a ***recomendação territorial* ou *encomendação*** - correspondia ao outro fator de mudança da propriedade das terras; o homem livre, sem deixar de o ser, coloca-se sobre a proteção de outro mais poderoso, nas palavras de MARCELLO CAETANO; "*já o código visigótico (v3) regulava o patrocínio ou comenda, e o mesmo ato, pelo qual um homem* livre, *sem deixar de o ser, se coloca sobre a proteção de outro e mais poderoso*, *aparece mais tarde designado pelo termo* árabe **maladia**, a que se refere Herculano nos seguintes termos *« a relação de Maladia parece ter nascido na época da conquista sarracena e ser o resultado da confusão e barbárie que reinava por aqueles tempos* (…) o fraco, *o pobre, o humilde, estavam constantemente expostos às violências de uma aristocracia militar, para cujas rudes paixões fraca barreira eram as instituições públicas, apenas esboçadas, confusas e não defendidas por força alguma moral ou material*(…) » A *relação de proteção podia ser constituída através de recomendação territorial ou pessoal*(…) *a recomendação territorial ainda podia revestir duas formas: a incomuniação (ato de pôr em comum), pela qual o pretendente à proteção, sendo proprietário de terras, fazia com o vizinho poderoso -leigo ou eclesiástico - um pacto (o pactum incommuniationis) sob a forma de doação, venda ou contrato agrário, que associava os dois na propriedade da terra, metade para cada um, ou formava uma espécie de parceria (da colheita de cada ano, dos frutos dessa terra uma parte pertencia ao protetor) com a condição de o poderoso defender o protegido contra atentados, abusos ou usurpações e até contra vexames fiscais ou em litígios judiciais - a benefactoria ou benfeitoria, cujos pactos eram mais comuns em Leão e Castela (enquanto a incomuniação se usou de preferência na Galiza e em Portugal) consistia no acordo pelo qual o pretendente à proteção entregava uma ou mais terras suas ao senhor, que lhas restituía oneradas por certos encargos constitutivos do preço da proteção; havia, porém, uma particularidade; é que o homem de bem feitoria (de beetria) além de conservar o direito de adquirir e alienar outros bens, mantinha o de se deslocar livremente e podia, em princípio, romper a seu arbítrio a relação do patrocínio e escolher outro senhor que mais lhe agradasse",* Marcello Caetano, História Do Direito Português, pp 128-129; **As doações Régias** - correspondiam às simples doações de bens do domínio real. Sucessão testamentária - outra causa importante modificação na extensão dos domínios, frutos do qual se verificou o enorme aumento da propriedade eclesiástica.

[210] Marcello Caetano, *ibidem, p, 125.*

terras da coroa leonesa, grandes domínios de nobres ou de entidades eclesiásticas, municípios aqui e além e pequenas explorações livres (alodios)".

Toda a propriedade era condicionada à vontade do Rei; ou seja, a titularidade seria restringível (porque poderia ser extinta, por vontade e deliberação do soberano). A (quase) exceção radicava na propriedade eclesiástica, nas palavras de RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE; [211] "*sujeita a um regime especial, atendendo aos fins a que se destinavam, está a propriedade eclesiástica, caracterizada pela inalienabilidade e imprescritibilidade de acordo com « um princípio propugnado pelos concílios desde o séc. quinto»* (…) *e muitas vezes também observado nos instrumentos de doação que dão origem aos legados pios*(…) *estavam normalmente os bens e rendimentos* (…) *isentos de qualquer tributação ou encargo fiscal. No entanto as inquirições de 1220*[212]*apresentam-nos algumas exceções àquela regra em que a propriedade eclesiástica é tributária a coroa, revestindo as prestações as mais diversas formas, desde os produtos do solo aos serviços pessoais*".

---

[211] Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História Do Direito Português*, Vol. I - Tomo II, Faculdade De Direito, Lisboa, 1983, p, 60-61

[212] As inquirições de 1220 constituíram a principal fonte de conhecimento da situação da propriedade do início da nacionalidade; "*As Inquirições* [em geral] *foram os inquéritos mandados efetuar pelos monarcas, nos séculos XIII e XIV, com o objetivo de averiguar o estado dos seus bens e direitos. Integram-se num contexto de medidas de fortalecimento do poder real e de centralização administrativa. Visavam impedir os abusos de laicos e eclesiásticos, relativamente a reguengos, terras e padroados da Coroa, quer no respeitante à cobrança de direitos, quer no tocante à usurpação ou abuso de jurisdição. A grande maioria das inquirições foi feita a norte do rio Mondego e, fundamentalmente, a norte do Rio Douro. Com exceção de alguns inquéritos efetuados por D. Teresa e por D. Sancho I, pode considerar-se que se iniciaram com D. Afonso II em 1220, incidindo nas regiões de Entre Douro e Minho, Trás-os-Montes e Beira. No reinado de D. Sancho II realizaram-se no termo de Lisboa, aos bens de algumas ordens religiosas, e em Sátão, na Beira Alta. D. Afonso III ordenou inquirições gerais em 1258; D. Dinis em 1284, 1288, 1301, 1303 e 1307; D. Afonso IV em 1335, 1342 e em 1339 no Porto, na sequência do antagonismo entre o rei e o bispo D. Fernando, em 1373, ordenou inquirições no Alto Alentejo, e em 1395 a várias regiões da Beira. Eram efetuadas por comissões de inquérito nomeadas pelo rei, as chamadas alçadas, compostas por pessoas eclesiásticas e seculares, em número variável. Como o inquiridor era, geralmente, um valido do rei que desconhecia a zona, eram convocados localmente os 'homens-bons'. Os questionários eram pré-definidos e as declarações dos inquiridos eram registadas segundo a hierarquia: juiz, pároco, vizinhos. Os nobres e clérigos regulares não eram ouvidos. As informações obtidas serviram, por vezes, de base para a legislação." Disponível na internet M https://digitarq.arquivos.pt/details?id=4182562.*

(***domínio vilão***)

Diverso era o "*domínio vilão*"; aquelas pequenas explorações livres a que se refere MARCELLO CAETANO como propriedades livres de ónus, mas que se encontravam no domínio privado. Esta expressão nominada de "*propriedade alodial*", reiterando nas palavras de RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE; [213] "[correspondia aquele] *domínio livre de quaisquer ónus ou limitações,* [que] *constituía exceção enquanto pertencente a homem livre não nobre (vilão)."* Tratava-se, no entanto, de propriedade privada não imune pois deveria pagar tributo à Coroa.

A "terra" sob o domínio do *Vilão,* em geral, poderia ser disposta a favor de terceiros por uma das seguintes três formas:

i) "*A precária*" - (pouco significativa entre nós porque (no geral) anterior à nacionalidade (até finais do século XI) que correspondia aquela concessão que poderia ser revogada pelo *Vilão,* sem encargos e a qualquer tempo;

ii) "*Os reguengueiros*" - poderiam ser temporários ou vitalícios. Tratava-se, em regra, de uma situação predial com contornos próximos ao atual arrendamento rural; que determinava a contraprestação em espécie (uma percentagem sobre os produtos colhidos) de produção agrícola; a contraprestação denominava-se de "*miunças*" ou "*direituras*";[214]

iii)"*Terras Foreiras*" ou "*Jugarias*" - correspondiam àquelas terras detidas por colonos livres e por trato sucessório; os descendentes recebiam o "*casal regalengo*", aquele conjunto de terras que garantidamente poderiam desfrutar enquanto se dispusessem a cumprir os encargos a que os seus ascendentes se haviam obrigado em vida.

(***prescrição extintiva***)

As referidas formas de desfrute da terra eram propicias à "*prescrição*" da propriedade. Ao tempo muito curta, de ano e dia, tal como decorria dos costumes daqueles primeiros agricultores franceses que se instalaram nos nossos territórios. Nas palavras de RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE; [215] [os] "*modos por que pode ser adquirida a propriedade dos imóveis, como sejam «as doações,*

---

[213] Rui De Albuquerque e Martim De Albuquerque, *História Do Direito Português*, Vol. I, C*it*., p. 61

[214] Rui De Albuquerque e Martim De Albuquerque, *ibidem*, p. 63.

[215] Rui De Albuquerque e Martim De Albuquerque, *ibidem*, pp 69-70.

aforamentos e outras concessões régias, singulares ou coletivas», às quais se devem acrescentar «os diferentes títulos de transferência da propriedade entre vivos (doações privadas, vendas, emprazamentos, etc.) e causa mortis, a ocupação (presúria) e a prescrição aquisitiva». [Relativamente à prescrição] (…) *durante o período da Reconquista predominou a prescrição de curto prazo, de acordo com os costumes de direito germânico, estabelecendo com frequência os foros, como suficiente para a prescrição, a posse de ano e dia, desde que de boa-fé. No direito português das ordenações* [após 1211] *já é patente o influxo romanístico contemplando as ordenações Afonsinas, quer a longi-temporis praescriptio (10 anos) em que se exigia a boa-fé e o justo título, quer a longissimi temporis praescriptio (30 anos) em que se usucapia, passado aquele período de tempo, independentemente do justo título ou da boa-fé.*"

(***as primeiras limitações à propriedade***)

O intuito é finalista; urge a referência às limitações ao direito de propriedade desde a formação, dando nota que, no nosso País, a propriedade privada (sempre) resultou limitada, desde logo por (porque a) primeira influência foi a imposta pelo direito romano e, este sempre foi limitado. Com antes referido, as limitações (conhecidas) foram as decorrentes do direito romano (escrutinadas pelo direito canónico, pois deveriam respeitar os cânones da igreja) ao que foram sendo somadas outras determinadas pelas cortes.

Até ao final do século XIII a justiça seria administrada, localmente, por juízes que se designavam comunitariamente, muitas vezes (quase sempre) analfabetos. Não havia ensino do direito em Portugal. Nas palavras de MARCELLO CAETANO; [216]

---

[216] Marcello Caetano, *História Do Direito Português*, Editorial Verbo 3ª edição, 1992 p, 231; este autor prossegue (pp, 231-233) [referindo, mas] "*ao contato com as populações peninsulares as leis romanas sofriam, na sua execução, adaptações e deformações importantíssimas, originando o Direito Romano vulgar.*(…) Chegados os Visigodos, estes traziam consigo costumes germânicos, muitos deles primitivos(…) Mas *a obra dos reis e do clero, mal se ordenou e se estabilizou a monarquia, foi combater os costumes mais bárbaros, procurando fazer prevalecer as normas romanas* (…) *Aparecem importantes leis escritas que culminam no* ***Código Visigótico, o qual opera a unidade do direito peninsular*** (…) *temos assim de distinguir costumes gerais e costumes locais. E nos primeiros, ainda, entre costumes gerais populares e costumes da corte*. (…) *costumes gerais os que se observavam e aplicavam com certa regularidade por todo o território* (…) *os costumes locais praticavam-se em certa região, em certo distrito ou até só em certa povoação* (…) *A complexidade desses costumes levou os vizinhos de alguns conselhos a mandar compilá-los por escrito, nascendo assim as importantíssimas compilações do direito costumeiro denominados foros* ***ou costumes municipais***"

[os costumes] "*representavam não só soluções espontaneamente achadas para certos conflitos* (…) *como, sobretudo, resíduos ou, melhor ainda, sedimentos das várias legislações que tinham vigorado na península* (…) *o direito Romano teve larga difusão e aceitação*."

Após a fundação, bem como na vigência das Ordenações Afonsinas,[217] para além das limitações (já conhecidas de *direito base*), surgem novas limitações, ou limitações próprias. Assinalam-se, a título meramente exemplificativo, *as seguintes*:

i) A *máxima*, porque a maior (já referida) a restrição ao direito de propriedade por força (de ordem) da *vontade Régia*;

ii) Também as limitações *de facere* que decorriam da Lei das Sesmarias[218] (Cortes de Santarém -1375- que impunham limitações de *facere* por razões de ordem pública ao direito de propriedade privado) a obrigatoriedade de

[217] As ordenações Afonsinas (disponíveis na internet; http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/) ; elaboradas durante o reinado de Dom João I e promulgadas durante o reinado de Afonso V, corresponderam à primeira grande compilação das nossas leis que haveriam de vigorar após 1448, sem grande aceitação, até à elaboração das ordenações Manuelinas. Dos seus cinco livros (72 títulos de regimento dos cargos públicos do livro I; os 123 títulos do livro II reservado ao estatuto e regime do Clero, Igreja, Rei, "Administração fiscal", Judeus e Mouros; o livro III composto por 128 títulos relativos ao processo civil; o livro IV composto por 112 títulos de Direito Civil; o livro V que dispunha em 121 títulos sobre direito penal e ainda do conceito de boa razão que determinava a aplicação subsidiária e integradora do direito Romano; Sobre as Ordenações Afonsinas, (exaustivamente analisadas por JOSÉ DOMINGUES; *veja-se; As Ordenações Afonsinas, três Seculos de Direito Medieval* – 1211- 1512, Zéfiro, 2008)

[218] Em 1348 era fundamental a cultura das terras, tratava-se de um imperativo de interesse público, nas palavras de MARCELLO CAETANO;" *nas cortes de 1352 e nas de 1361 a autoridade Régia é incitada a intervir para forçar os proprietários, sobretudo eclesiásticos, a cumprir a sua função social. São estes antecedentes que levam a sistematização das providências contidas na Lei das Sesmarias (+/-1375), reforma agrária exigida pelo agravamento das circunstâncias provocado pelas infelizes guerras de Dom Fernando. Nessa lei, cujo texto conhecemos por ter sido reproduzida no título 81 do livro IV das Ordenações Afonsinas, o rei, considerando a falta de cereais em todo o País e a sua carestia em consequência do abandono da agricultura, determina, depois de ponderado o assunto em Cortes(…) a obrigação imposta aos que tiverem terras de as lavrar e semear e de possuírem, para esse efeito, o necessário gado de trabalho(…) a lei remata, pois, toda uma política já vinda de longe no sentido de desenvolver a agricultura e de empregar a autoridade para forçar os patrões a lavrar a terra e os ciosos de trabalhar nela, combatendo vícios que já então eram tradicionais em Portugal. Mas a designação com que ficou na história é imprópria, pois a entrega de terras em sesmaria é apenas um pormenor no conjunto das disposições de uma lei agrária de amplas ambições*." Marcello Caetano, *História Do Direito Português*, Editorial Verbo 3ª edição, 1992, pp, 281-282.

cultivo das terras, para tanto estabelecera-se uma junta em todas as cidades, que era composta por cidadãos, os sesmeiros ou repartidores.[219]

iii) Uma referência ao pati (que limitavam a propriedade privada na fundação) que impunham o dever de suportar o pasto dos gados vizinhos nos terrenos próprios, tal como resultava imposto pelo costume, transposto para o foral[220] do concreto local);

Assinalam-se, ainda, as limitações de carácter contratual ou impostas por razões de ordem privada;

iv) Decorrente do acordo entre as partes, como no caso das "*arras da mulher*";

v) Certas cláusulas *fideicomissárias;* impostas como condição às doações;

vi) Os *encargos pios*, temporários ou permanentes sobre os rendimentos da terra.

A propriedade privada era, pois, regulada e restringível pela vontade expressa do Rei.

---

[219] Reiterando nas palavras de RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE; "*para dar execução à lei prescreviam-se a criação de uma junta em todas as cidades ou vilas «composta de dois homens bons dos melhores cidadãos» (sesmeiros ou repartidores). Tornava-se o trabalho agrícola obrigatório a todos os vadios, mendigos e ociosos exceptuando-se aqueles a quem, por intermédio de alvará, seja autorizada a mendicidade atendendo às circunstâncias pessoais de existência. Esta lei passou para as Ordenações Afonsinas, sofrendo nas Manuelinas e Filipinas grandes transformações* ", Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História Do Direito Português* Cit., p. 67.)

[220] O direito foral correspondia ao direito do local, da circunscrição (centúria). O conflito de foro não corresponde a questão fundamental ao presente estudo, acresce que o direito do local da situação do bem imóvel sempre correspondeu ao critério adotado no nosso direito processual, sendo este o critério que sempre decidiu eventual conflito de jurisdição relativa imóveis. Nas palavras de RUI e MARTIM DE ALBUQUERQUE; " *o texto fundamental a este respeito foi a lei Cunctos populos, do código, na qual se dispunha não impor o imperador a sua lei senão aos súbditos* (…) *um postulado que todas as leis se aplicariam apenas aos súbditos do legislador em causa* (…) *a doutrina consagrou também* ***a regra de que os direitos sobre coisas*** *deveriam ser regidas pela lei do lugar ou situação*(…) *Bártolo vai desta forma estabelecer a sua doutrina partindo da qualificação a dar aos estatutos. Se na nossa cidade - ensinava Bártolo- se discutir um contrato aqui celebrado por dois estrangeiros e surgir um litígio, deve observar-se, das três leis em presença - a local e as duas estrangeiros-, a lei do lugar da celebração, no que toca à forma do contrato* **(…) *estava criada a teoria da pessoalidade ou realidade dos estatutos*** (…) *de acordo com ela, os estatutos agrupar-se-iam em três categorias (...) pessoais(...) reais, que por incidirem nas coisas (res) se aplicavam a todos os bens imóveis situados na jurisdição da autoridade promulgante,*(…) *os móveis eram considerados estabelecidos no domicílio do proprietário (...)e mistos."* Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque, *História Do Direito Português*, Cit., pp ,246-253.

Este bem percebia a propriedade como aquele poder de desfrute sobre a coisa (solidificado e construído na história dos homens) que seria limitado por um conjunto de regras com origem costumeira, com origem nas "leis" e costumes dos diversos povos que doutrinaram as *gentes* da Península Ibérica.

Importa reiterar que o costume, também no que concerne às limitações ao direito de propriedade, que vigorava naqueles primeiros tempos do nosso País correspondia, essencialmente, às práticas determinadas pelo *"baixo"* direito Romano. Nas palavras de MARCELLO CAETANO; [221] "*no território português o direito Romano persiste, como vimos, através do costume, onde sofre profunda deformação resultante da adaptação às condições locais e ao entendimento popular (direito Romano vulgar) e, nas camadas cultas, através do código visigótico e, num lugar ou noutro de maior erudição, da Lex romana visigothorum*."

Após as ordenações Manuelinas[222]; em 1603 *a Lei*, "encontrava-se" nas Ordenações (Filipinas). Supletivamente aplicar-se-ia o direito romano. O critério de aplicação (ou não) do direito romano residia na "*boa razão*"[223], conforme determinado por Afonso IV em 1352.

A lei com o mesmo nome (lei da boa razão) haveria de ser promulgada em 18 de agosto de 1769 por determinação do Rei Dom José, precisamente por razões de

---

[221]Marcello Caetano, *História Do Direito Português*, Editorial Verbo 3ª edição, 1992, p 335; que prossegue referindo que; "*também em Portugal foi recebido o novo direito e se procurou fazê-lo vigorar. O conhecimento dos textos justinianeu e da glosa chegou aqui regularmente, com pouco intervalo dos acontecimentos italianos; na Idade Média havia uma grande circulação de estudantes de universidade para universidade*(…) *além da influência através das classes cultas, que pouco a pouco foi penetrando no alto clero e na corte, nos tribunais e nos corregedores, há que mencionar é exercida através dos textos castelhanos, ordenados ou sugeridos pelo rei Afonso X, o Sábio*(…) no século XIII, foram incluídas outras extraídas (e às vezes reproduzidas) dos textos canónicos e Justinianeus, essas obras são (…) *flores de las leys – Trata-se de um pequeno compendio sobre processo civil de autoria do mestre Jacob* (…) *foros da guarda* (…) *Tempos dos Preitos*(…) *Fuero Real* (…) *cartas de foros às povoações* (…) As Partidas,*(...) Código das Sete Partidas* (…) *um dos mais eficazes instrumentos de divulgação do Direito Romano Imperial* (…) Marcello Caetano, *ibidem*, pp,339-340.

[222] De 1514 com a versão definitiva em 1521, ano da morte do Rei Dom Manuel I. Substituídas em 1603 pelo Rei Filipe III de Espanha (Filipe II de Portugal).

[223] A origem da expressão que haveria de denominar a posterior *lei da boa razão*, de 18 de agosto de 1769, radica numa lei de Dom Afonso IV, ainda em 1352; esta que condiciona a aplicação do direito Justinianeu a critérios de coerência nacionais. Nas palavras de MARCELLO CAETANO; "A *receção do direito justinianeu pela corte não se fazia, porém, indiscriminadamente*. *Uma lei de Dom Afonso IV, de 1352, é muito clara: «não devemos guardar os ditos direitos escritos se não enquanto são fundados em boa razão e em prol dos nossos sujeitos»* ", Marcello Caetano, *História Do Direito Português*, C*it*., p, 340.

proteção da propriedade privada e da segurança jurídica em geral; tais eram os abusos dos "juristas Lusos" na interpretação do *Corpus Iuris Civilis*.

Atente-se ao teor do preâmbulo da carta de lei Régia; [224] "*DOM JOSÉ por Graça de Deus Rei de Portugal, e dos Algarves* (…)*Faço saber aos que esta minha Carta de Lei virem, que por quanto depois de muitos anos tem sido um dos mais importantes objectos da atenção, e do cuidado de todas as Nações polidas da Europa o de precaverem com sábias providências as interpretações abusivas, que ofendem a Majestade das Leis; desautorizam a reputação dos Magistrados; e tem perplexa a justiça dos Litigantes; de sorte que no Direito, e Domínio dos bens dos Vassalos não possa haver aquela provável certeza, que só pode conservar entre eles o público sossego (...) Considerando Eu a obrigação, que tenho de procurar* (…) *toda a possível segurança nas suas propriedades; estabelecendo com ela a união e paz entre as famílias, de modo, que umas não inquietem as outras com as injustas demandas "*.

A *Lei Da Boa Razão* dispunha de forma expressa sobre a aplicação subsidiária do direito romano, esclarecendo, (de forma muito simplista):

i) (Pela negativa) que a exclusão da aplicação subsidiária do direito romano só poderia decorrer dos critérios expressamente previstos, proibindo-se tal decisão com base em critérios discricionários;

ii) A aplicação subsidiária do direito romano só podia verificar-se quando a mesma fosse conforme às conceções de mundo civilizado e Cristão;

iii) O terceiro critério cumulativo verificar-se-ia quando a aplicação do direito romano se determinava como integrador de lacunas do direito português de *antanho*.

(***boa razão***)

A regulação do direito de propriedade (e os seus limites) resultante das fontes de *direito civil* eram de aplicação supletiva[225]. E assim prosseguiu mesmo após

---

[224] António Delgado Da Silva, *Collecção da Legislação Portugueza desde a última compilação das Ordenações*. Lisboa, na Typ. Maigrense 1825 a 1830. fol. 6 vols. (legislation, by chronological ordem, between 1750 and 1820.) *in* preambulo.

[225] Nas palavras de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA; "*devo recordar que tradicionalmente nunca a vida jurídica portuguesa fora comprimida em legislação minuciosa. Tivemos, sem dúvida, a partir do século XIII, uma primeira codificação oficial, as ordenações Afonsinas* (…) porém, tanto estas ordenações como as que se seguiram, as Manuelinas, em 1521 e as

a lei da boa razão; a receção foi efetiva e as limitações aos poderes plasmadas no Código Civil de Seabra, de forma marcada e direta, resultam das conceções de direito romano. De tal sorte que não será arriscado afirmar que (mesmo) após a *Lei da Boa Razão,* de 1769, tais limitações radicam nas fórmulas previstas no *direito base* (que mantêm total atualidade, também, na regulação do direito de propriedade.)

A receção, *"lata e latíssima"*, percebe-se da própria letra da lei, atente-se (no livro II) título 9º das ordenações Afonsinas; acrescem as concretas soluções, que se percebem no primeiro Código Civil (Seabra) e que, claramente se sustentam em interpretação teleológica (finalista), clara e expressa, nas disposições (stricto sensu) do *ius civile*.

(***As limitações à propriedade no Código de Seabra***)

Atente-se à referência (não exaustiva) a algumas disposições limitativas[226] ao direito de propriedade privada[227] do Código de Seabra; percebendo-se a clara receção das conceções limitativas da propriedade.

Filipinas em 1603, estavam Longe de constituir um sistema completo; designadamente no âmbito do direito privado (…) *restava, portanto,* ***uma larguíssima margem para a intervenção do direito subsidiário*** (…) ***foi no livro II, título 9º das velhas ordenações Afonsinas que se incluíram as regras de preenchimento de lacunas do sistema jurídico. Aí se determina que na falta de lei, costume ou jurisprudência do Reino, deveria primeiramente lançar-se mão das normas do direito romano****, exceto se da sua aplicação resultasse pecado. Em segundo lugar observar-se-ão as Glosas de Acúrsio e os Comentários de Bártolo* (…) *estas disposições Afonsinas sobre o direito subsidiário passaram quase incólumes para as ordenações Manuelinas* (…) *pela chamada Lei Da Boa Razão, modificaram-se profundamente, como não podia deixar de acontecer, os critérios de interpretação e de integração das normas jurídicas*. O dogma supremo (…) *passa a ser a boa razão, isto é, a recta ratio da escola jusnaturalista (...) também deixamos entrever a extraordinária a ação criadora exercida pela jurisprudência e pela doutrina nos cem anos que decorrem entre a Lei Da Boa Razão e o Código Civil*; de *MELO FREIRE ao Visconde de SEABRA* (…) *entre muitos outros*(…) *em suma, por tais caminhos se foi preparando, espontaneamente, passo a passo, o terreno adequado a uma síntese oficial; representa o Código Civil de 1 de julho de 1867* (…)[entrou em vigor em 22 de março de 1868] *à terceira parte correspondem as normas relativas ao gozo e exercício dos direitos, mas destacando SEABRA, com a simples epígrafe « Do Direito de Propriedade» esta prerrogativa do indivíduo."* Almeida Costa, *Enquadramento Histórico do Código Civil Português*, Boletim da Faculdade de Direito, VOL XXXVII, 1961, pp, 139-166.

[226]As restrições à propriedade e as limitações por razões, essencialmente, de **interesse público foram reguladas autonomamente, em sede de direito administrativo** (título VI capítulo II – artigos 2408º a 2506º - do projeto ao Código Civil do Visconde de Seabra).

[227] O direito de propriedade no Código (Civil) de Seabra; no seu artigo 2218º, (livro III, parte 3) era definido como uma faculdade do homem. Essa faculdade tinha uma tríplice função, em concreto servia a existência, conservação e melhoramento *da condição* do proprietário das coisas que titulado e ainda das que poderia dispor. O artigo 2221º limitava as faculdades do proprietário à natureza das coisas, à vontade do proprietário e às disposições da lei. As disposições da lei deveriam ser expressas.

(***águas***)

i) O artigo 2324º do Código de Seabra dispunha que; "*0s prédios inferiores estão obrigados a receber as águas que decorrem naturalmente e sem obra do homem, dos prédios superiores, assim como a terra ou entulhos que arrastarem na sua corrente, nem o dono do prédio inferior pode fazer obras que estorvem esta servidão, nem o dono do prédio superior obras que a possam agravar*".

(***corte de ramos e raízes***)

ii) O artigo 2360º do Código de Seabra dispunha; "*o dono do prédio vizinho pode cortar e truncar as raízes que se introduzirem no seu terreno e os ramos que sobre elle propenderem, com tanto que não ultrapasse a linha perpendicular divisória e se o dono da arvore, sendo rogado, o não fizer dentro em três dias*".

iii) O artigo 2361º do Código de Seabra dispunha que; "*0 proprietário da árvore ou arbusto confinante ou contiguo a qualquer prédio de outrem têm direito a exigir que o seu dono lhe permita fazer a apanha dos fructos que se não poderem recolher do seu lado, mas é responsável por qualquer prejuízo que com isso possa causar*".

(***poços e minas***)

iv) O artigo 2366º do Código de Seabra dispunha que; "*0 proprietário pode abrir no seu prédio minas, poços e fazer as escavações que bem lhe parecer, salvas as seguintes disposições*"; (2367º) para além do seu terreno só com autorização do vizinho; (2368º) deveria guardar as distâncias necessárias e acautelar qualquer prejuízo, indemnizável mesmo que respeita as disposições municipais e administrativas.[228]

[228] O "*desvalor"* que o Código de Seabra rejeitava era o prejuízo que tais construções poderiam causar ao prédio vizinho; O direito *base* previa tal limitação aos poderes do proprietário, para tanto atribuía ao proprietário confinante a faculdade de prevenir tais danos. A *cautio damni infecti*, nas palavras de ÁLVARO D´ÓRS; a *cautio damni infecti servia para prevenir um dano possível causado por derrubamento ou obra efetuada no fundus (quinta) vizinho".* (Tradução Livre); Álvaro D´Órs. *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 207 ; Foi também concedido o poder de escavar e explorar minas em terrenos alheios com a obrigação

(***construções***)

v) O artigo 2369º do Código de Seabra dispunha que; "*É livre a todo e qualquer proprietário fazer sobre o seu terreno quaesquer construções ou levantar quaesquer edifícios, conformando-se com os regulamentos administrativos, salvas as seguintes disposições*"; (2370º) as janelas, eirados ou varandas deveriam respeitar a distância de um metro e cinco centímetros entre os dois prédios. Era lícito tapar seteiras, frestas e óculos para luz; (2371º) excecionando se os prédios separados entre si por caminhos, viela ou ruela pública.[229]

(***estilicídio***)

vi) O artigo 2372 do Código de Seabra determinada que os telhados deveriam ser construídos por forma é evitar o gotejamento para o terreno vizinho (deveria respeitar a distância de 5 decímetros).

(***ruínas***)

vii) O artigo 2384º do Código de Seabra determinava que; "*Se o edifício ou parede ameaçar ruína, poderá o proprietário ser obrigado, a requerimento de qualquer interessado ou por auctoridade pública, a demoli-lo ou a fazer os reparos necessários, a fim de que não haja prejuízo de terceiro*".[230]

---

de entregar parte do lucro ao proprietário e ao fisco, nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*no ano de 382 foi concedida a qualquer interessado o poder de escavar e explorar minas em terrenos alheios, com obrigação de entregar 1/10 dos produtos extraídos aos proprietários e outro tanto ao fisco (com remissão C.11,7,3)*", António Dos Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021, p, 281.

[229]A reserva da vida privada era protegida no direito romano, nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*VOLTERRA recorda algumas circunstâncias que, no ius commune, se pressupunham verificadas, sem mais – e, portanto, era proibida a atividade –, sem a prova do animus nocendi. Destacamos a hipótese de um proprietário levantar o seu edifício ou abrir janelas para o fundus de um vizinho. Se este tivesse uma esposa formosa ou belas filhas, pressupunha-se que tais obras eram realizadas para devassar a sua vida privada, sendo, portanto, proibidas.*" António dos Santos Justo, Direito Privado Romano --- III (Direitos Reais), *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, pp 35-36, nota 23.

[230] O direito romano previa tal limitação de uma forma absolutamente eficaz. Verificada a situação de ruína em perigo de demolição; se após a interpelação do proprietário à reparação este nada fizesse no prazo determinado pelo pretor, perdia a posse. O pretor concedia a posse ao vizinho que temia o dano e, naturalmente que este iria adquirir o *fundus* pelo decurso do prazo da usucapião. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*missio in possessionem damni infecti ex secundo decreto: também o secundum decretum emitido pelo pretor não transferia a propriedade da res*

(***instalações perigosas***)

viii) O artigo 2385º do Código de Seabra dispunha que; "*Todo aquele que quiser abrir cloaca, fossos ou canos de despejo junto de um muro, ou seja comum ou alheio, ou construir chaminé, lar, fogão ou forno, ou encostar ao dito muro depósito de sal ou de quaesquer substâncias corrosivas, ou que produzam infiltrações nocivas, será obrigado a guardar as distancias e prevenções determinadas nos regulamentos administrativos locaes : mas se taes regulamentos não houver, poderão os interessados requerer que se tomem as necessárias cautelas por arbitrio de peritos, que serão nomeados pelos interessados*"

(***demarcação***)

ix) O artigo 2395º do Código de Seabra dispunha que; "*Todo o proprietário pode murar, valar, rodear de sebes a sua propriedade ou tapá-la de qualquer modo, salvo o disposto nesta secção* "(2399º por remissão ao artigo 2229º) quanto às obrigações de conservação e limpeza da vala regueira.

5. A atual conceção de propriedade privada (*questões introdutórias*).

O direito de propriedade é o direito subjetivo[231] por excelência. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [232] "*aos direitos subjetivos de natureza patrimonial chama-se, muitas vezes, «propriedade»*".

O proprietário titula direitos, poderes e faculdades em tensão caraterizada pela *indeterminação* (própria e caraterística de todos os direitos reais). Corresponde a uma relação jurídica em *tensão, expansão e restrição*.

O proprietário poderá exercer os seus poderes e faculdades dentro dos limites da lei, com os limites e as restrições que a própria lei impõe, adstrito (também) a deveres autónomos às referidas limitações e restrições previstas no artigo 1305º do Código Civil.

---

ruinosa para o vizinho ameaçado por dano temido (*dannum infectum*)*; tão-só transferia a possessio que o magistrado protegia enquanto não se verificasse a usucapio.*", António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano* - III (Direitos Reais), *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, p 28.

[231] *Vide. Infra* nota 453.

[232] MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, p 12.

O dever autónomo de maior amplitude do proprietário privado será o de pagar os impostos[233] devidos pela titularidade, uso, fruição e disposição adstritos à sua coisa. Estes deveres, impostos pela legislação administrativa e fiscal, não correspondem a qualquer limitação ou restrição ao direito de propriedade (em sentido literal) mas sim a um dever geral para com a comunidade que terá por base a tributação sobre o rendimento e a riqueza.

(***caraterização***)

A caraterização da propriedade tem por base a sua previsão legal (o artigo 1305º do Código Civil)[234] e decompõe-se em duas fórmulas autónomas, complementares e interligadas, a positiva e a negativa (ou aberta).

A fórmula positiva, tendencialmente imutável, resulta em *direito exclusivo e direto sobre a coisa*, beneficiando do dever geral de abstenção de todos os demais;

A fórmula negativa, *dentro dos limites e restrições da lei*, será, por natureza aberta, variável conforme "os tempos", por isso se percebe como "viva". Permite o continuo e permanente ajuste do instituto; corresponde à caraterística "adaptativa" que renova o conceito jurídico positivado; a propriedade corresponderá (assim) a um conceito em mutação, "vivo".

A fórmula negativa percebe-se no pulsar dos tempos (*dos idos e dos vindouros*), das gerações de gentes e comunidades (que pela representação legislativa) limitam e restringem aquele poder direto e imediato sobre a coisa.

---

[233] *Vide supra* nota 142; O pagamento de impostos sobre a coisa não corresponde a qualquer forma de limitação sobre o direito de propriedade, mas ao dever de contribuir para o erário publico (sendo a propriedade privada sinónimo de riqueza; esta será a medida, a forma de cálculo de *quantum* mensurado).

[234] "*A fonte imediata desta disposição foi o artigo 832ª do Código Italiano de 1942, bem como os artigos 2169ºª, 2170ª e 2187ª do código de 1867*". *Código Civil Anotado* - Volume 2ª edição Revista e Atualizada, Pires de Lima e Antunes Varela, *com a colaboração de M. Henrique Mesquita*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p 92.

Percebem-se as quatro "*traves-mestras*" ao milenar *contrato social*[235] *propriedade privada*, declaradas pela teoria eclética (sobre a natureza e fundamento do direito de propriedade em sentido *lato*):

i) A propriedade privada corresponde a um *pacto social*, por isso "será o que for "aceite pela generalidade da comunidade e não o que resultar de "*decretada*"; trata-se de conceito avesso a teorizações inovadoras e rasgadas de mundividência prática.

ii) A propriedade privada determina o gozo direto, exclusivo, limitado e restringível do proprietário sobre a sua coisa;

iii) A propriedade privada impõe o dever geral de abstenção (a todos os demais) que devem permitir o desfrute da coisa pelo seu titular.

iv) A propriedade[236] corresponde ao direito real de gozo, o maior, o máximo. É à *propriedade privada* que me refiro, sendo irrelevante quem a titula.

Por razões práticas ter-se-á por referência a propriedade privada sobre imóveis.

---

[235] *Vide supra* nota 8; como um *pacto social*, **a propriedade privada compreende-se em conceito de *mundividência prática***; conceito humano solidificado em centenas e centenas de anos de práticas reiteradas. A principal *evidência* resultada na seguinte conclusão; o desfrute individual da coisa só é possível com o "*consentimento*" de todos os demais; estes representados no grupo, o mais alargado possível. O pacto é efetivo; de tal sorte que as próprias *leis da guerra* o reconhecem (o direito à propriedade privada). Este direito de desfruto individual sustenta-se, pois, em *pacto social*, nos nossos dias resulta expresso e sem qualquer margem de dúvida ou cedência a conceções que o/a possam pôr em crise. Na verdade, ao reconhecermos aos demais o seu direito de gozo sobre aquelas coisas que legitimamente titulam, apenas estamos a impor tal reconhecimento e respeito em relação às coisas próprias, aquelas que nós titulamos legitimamente. Ou seja, veneramos a segurança jurídica, conscientes que, com a força própria do homem primitivo tal não seria possível; sabemos que não é possível usá-la de forma contínua e efetiva. Só desta forma, juntando todas as nossas forças, as forças de todos, poderemos efetivar o desfruto daquelas coisas que nos permitem *sobreviver e viver* enquanto homens de pensamento livre; JEAN-JACQUES ROUSSEAU confessou que; [queria saber se] "*se pode haver, na ordem civil, alguma regra de administração legítima e segura*,[?] *que toma os homens tais como são e como são as leis, tais como devem ser (...) o homem que nasceu livre e que em toda a parte se encontra sobre ferros (...) a ordem social é um direito sagrado que serve de alicerce a todos os outros(...) o mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever (...) ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhe resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças(...) que defenda e proteja, de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado (...) tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social."* Jean Jacques Rousseau, *O contrato Social*, (tradução de António de Pádua Danesi) Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp, 9-24.

[236] A coisa privada pode estar no domínio público, atente-se aos imóveis requisitado e nos demais casos do *dominium* público sobre coisas ou direitos não excluídos ao comércio privado (como nos casos da titularidade pública sobre empresas privadas, concessões e outros).

5.1 **A (*in*)definição de propriedade**

A nossa caraterização legal de propriedade tem por base a evolução histórica que a definiu e limitou no denominado renascimento do direito romano (Escolas dos Glosadores e Comentadores).

Foi a caraterização *proclamada pel*a Escola dos Comentadores de Bártolo que resultou acolhida e positivada na generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais. A conceção de propriedade privada apresentou-se (e persiste) em desenvolvimento desde a *origem dos tempos*.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [237] "*é difícil a definição de propriedade, como sucede, aliás, normalmente, com os conceitos básicos de estreita compreensão e grande extensão. A sua ideia de base é, no entanto, de apreensão imediata. Citamos José Tavares*[238]: «*o conceito geral do direito de propriedade pertence à categoria das noções jurídicas instintivas, que até nas primeiras manifestações intelectuais e volitivas das crianças se revelam nitidamente. É o poder sobre aquilo que nos pertence, sobre aquilo que é nosso. Mas sob dois aspetos se pode conceber o direito de propriedade, conforme se tomar em consideração o poder que sobre uma coisa é conferido ao titular; ou a relação de pertença ou sujeição da coisa a pessoa. E os dois conceitos foram já traduzidos nos dois termos mais frequentes nos textos romanos -o dominium e a proprietas.» partindo da transcrição de José Tavares, podemos distinguir duas teses quanto à formulação do conceito de propriedade: a que parte do tipo de situação em que se encontra a coisa objeto da propriedade - a teoria da pertença -, de feição qualitativa; e é que parte do conjunto de prerrogativas que assistem ao proprietário -a teoria do senhorio-de feição qualitativa*".[239]

A propriedade corresponde ao *"direito de dispor plenamente duma coisa corpórea, exceto se a lei proibir*" (*Ius de re coprorali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*). Esta foi a caraterização dos Comentadores - Bártolo.

Acrescem ao objeto da propriedade as coisas incorpóreas.

---

[237] Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Cit., pp, 621-622.

[238] Menezes Cordeiro cita José Tavares, *in Os Princípios Fundamentais Do Direito Civil*, I, p, 619.

[239] Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, C*it.*, pp, 621-622.

A definição de propriedade foi tentada *ad nausea*, no entanto, como se percebe, não se poderá definir um "conceito em mutação, vivo e adaptativo" sem "tropeçar" na inexatidão.

A "inexatidão", a par da "inclusão do definido" na fórmula aglutinadora, determina, qualquer definição, votada ao insucesso.

A definição de propriedade tem sido tentada, nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[240] "*as escolas medievais preocuparam-se com a definição da propriedade e procuraram extraí-la dos textos do direito romano. Segundo os glosadores a propriedade é o (...) (direito de usar e de consumir a coisa sua). Seguiu-se-lhe a Escola dos comentadores, merecendo destaque a* [referida] *definição de Bártolo* (…) *direito de dispor plenamente duma coisa corpórea, exceto se a lei proibir".* Esta corresponde à caracterização prevista na primeira parte do artigo 1305º do Código Civil; *"o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas."* Mas, na verdade, a previsão da lei não corresponde a uma definição, apenas a uma caraterização.

(***mutação evolutiva***)

Como referido, esta mutação evolutiva está, desde 1966, plasmada no artigo 1305º do Código Civil. Expresso na primeira parte (fórmula positiva) como uso exclusivo e na segunda parte (na fórmula negativa e aberta) dentro *dos limites da lei* [241]. Estes limites variam e transmutam-se (alteram) conforme as sociedades se definem *no correr dos tempos*.

Trata-se de um caminho que palmeia trilhos práticos e adaptativos. Resulta da observação dos concretos poderes de usar, fruir e dispor da coisa e respetivas faculdades. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [242] a "*dificuldade (...) aumenta porque o conteúdo do direito de propriedade evolui, sobretudo devido às crescentes limitações impostas por exigências económicas e sociais*".

---

[240] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª edição, Coimbra Editora, 2019, p. 252.

[241] A fórmula negativa consagrada no artigo 1305º do Código Civil determina os limites privados e públicos, bem como as restrições e as limitações impostas, essencialmente, por razões de interesse público. (*dentro dos limites da lei e com a observância das restrições por ela impostas*).

[242] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (direitos reais*), *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, p. 15,

Reitera-se, a previsão legal (1305º do CC) não deverá, no entanto, entender-se como a definição de propriedade, pois temos presente a advertência de *IAVOLENUS*; [243] que "*em direito civil, toda a definição é perigosa* [pois não há definição] *que não possa ser subvertida*".

Conclui-se que a propriedade corresponde a um conceito humano em constante mutação e, portanto, é indefinível.

Não é possível definir propriedade. Refiro-me ao direito de propriedade em sentido r*estrito*.[244]

5.2 Caraterísticas.

Dizemos o direito de propriedade como o direito real máximo porque é o maior.

O direito de conteúdo mais amplo sobre a coisa (o mais amplo possível) e também porque, juridicamente, corresponde ao direito de maior amplitude, o mais importante sobre as coisas. Nas palavras de LUÍS CARVALHO FERNANDES; [245] "*o direito de propriedade como o direito real de gozo máximo, no sentido de reconhecer ao seu titular a generalidade das faculdades atribuíveis a um particular em vista do aproveitamento pleno das utilidades de uma coisa, dirigido à satisfação de necessidades legitimas*".

---

[243] Cf. D. 50,17,202: "*In iure civile, omnis definitio periculosa est*".

[244] Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [porque] "*tradicionalmente, distingue-se, no direito civil, o direito patrimonial do direito não patrimonial* (…) *em sentido técnico-jurídico «propriedade» designa um direito real determinado* (…) *em sentido amplo «propriedade» designa os mais diversos direitos de conteúdo patrimonial* (…) *na sua* ***aceção ampla****, a «propriedade» traduz, conjuntamente com a liberdade de iniciativa, o âmbito privado económico do individuo face ao Estado.*" Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, pp, 12-13.

[245] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, p, 332.

O direito à propriedade privada [246] consubstancia-se nos poderes diretos e imediatos sobre a coisa[247] ; corresponde àquele que é oponível a todos, (oponível *erga omnes*) e carateriza-se pela *indeterminação, exclusividade e elasticidade*.

(***indeterminação***)

O direito de propriedade [248] é caraterizado pela *indeterminação* - O proprietário, (tendencialmente) dispõe de todos os poderes[249] legalmente admissíveis sobre a coisa. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [250] "*o proprietário tem poderes indeterminados, ao contrário dos direitos reais limitados que têm um conteúdo preciso, determinado pela lei[251] ou fixado pelos particulares em casos excecionalmente permitidos. É uma consequência da plenitude*".

---

[246] O direito de propriedade, tal como os demais direitos reais, constituem-se geralmente por contrato. São dois os sistemas (abstratos) de constituição da propriedade, o *título* e, ou, o *modo*. O sistema do modo exige a entrega da coisa. Já o do título aceita a perfeição do contrato (que tenha por objeto direito real) por mero efeito do mesmo. O artigo 408º número 1 do Código Civil determina que, salvo as exceções previstas na lei, a transferência do direito real dá-se por mero efeito do contrato, tal como resulta do princípio do consensualismo.

[247] Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; "*é apontado na doutrina como derivando diretamente do conhecimento empírico que as pessoas têm da matéria. Verificando-se que o sujeito beneficiário de um direito real tem, pura e simplesmente, o senhorio de uma coisa: é a lição da experiência. De facto**, o que há de mais característico no direito real é a existência de apenas dois elementos: o titular e a coisa*** (…) *não é necessária qualquer colaboração de terceiros, ao contrário do que sucede nos direitos pessoais ou de crédito*" Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, pp, 224-225.

[248] Quanto às modalidades da propriedade; poderemos identificar a propriedade perpétua, a propriedade temporária e a resolúvel. A *propriedade perpétua* será a regra (geral porque determina que a propriedade é tendencialmente perpétua) não cessando pelo decurso de um qualquer termo ou condição. As exceções são inúmeras, desde logo a propriedade poderá ser *temporária e até* sujeita a termo, conforme resulta do previsto nos artigos 1307º nº 2, 1538º nº 1, todos do Código Civil. Atente-se aos casos da propriedade do fiduciário, que é um verdadeiro proprietário a termo. O seu direito termina com a morte do titular, conforme previsto nos artigos 2286º, 2290º e 2293º, todos do Código Civil. Também o direito de superfície pode determinar a reversão da obra, quando no título constitutivo tal se tenha convencionado (em concreto que ao fim de certo tempo a propriedade da obra reverte para o dono do solo). A propriedade pode também ser constituída sob condição resolutiva, conforme previsto nos artigos 270º e 1307º nº. 1, todos do Código Civil. Atente-se, ainda, à hipótese de venda a retro. Ainda ao caso *de regresso do ausente*, (nos termos do previsto no artigo 927º e seguintes do Código Civil) nestes casos, verificada a condição resolutiva (regresso do ausente) pode ser requerida a anulabilidade da venda.

[249] Limitados pela utilidade e *fim económico*, pelos bons costumes e usos.

[250] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª edição, Coimbra Editora, 2019, p. 248.

[251] O direito de propriedade, em qualquer das suas formas e figuras parcelares, (*temporária e, ou resolúvel*) tal como os demais direitos reais (*os de gozo serão a propriedade, compropriedade, propriedade horizontal, usufruto, direito real de habitação, direito real de habitação periódica, direito de superfície e servidões prediais*) decorrem expressamente da lei. Não sendo permitida a constituição,

A "compressão" dos poderes dos proprietários são determinados, em exclusivo, pela lei. Percebem-se nos diversos limites e restrições (art. 1305º 2ª parte) e, ainda, na eventual concorrência de inúmeros direitos reais menores. No entanto; os poderes do proprietário não estão pré-determinados, é dizer, são indeterminados e aferidos pela negativa, corresponderão a todos os que a lei não proibir. [252] Identifica-se, no entanto, uma "mais que exceção" à indeterminação; não se deve olvidar a apreciação judicial casuística, por forma a sindicar o eventual abuso[253] da função económica da coisa (por parte do proprietário).

(***exclusividade***)

O direito de propriedade é, também, caraterizado pela *exclusividade*[254] . Sobre a mesma coisa só pode haver um direito de propriedade, seja ele de titularidade individual ou *pluri*-individual, (em propriedade ou em compropriedade).[255]

(***autonomia***)

Esta característica afirma a autonomia do direito de propriedade. A existência da propriedade não carece de qualquer outro direito real, tal como se verifica nos direitos reais de garantia ou de aquisição e, também, nos demais direitos reais de gozo.

(***elasticidade***)

Extinto qualquer direito real de gozo (menor) ou de garantia, que limite o direito real de gozo máximo, este expande-se e reconstitui-se plenamente. Este efeito de elasticidade é produzido automaticamente e logo que cessem os ónus ou direitos reais que o comprimem ou onerem.

---

limitação ou restrição que não esteja expressamente prevista na lei, conforme se alcança do previsto no artigo 1306º do Código Civil.

[252] Ao invés dos poderes dos beneficiários de outros direitos reais, esses limitados e com conteúdo preciso, determinado pela lei ou fixado pelas partes contratante, *máxime* o usufruto, previsto no artigo 1445º Código Civil.

[253] A proibição fundamental é a que resulta do *princípio do regular exercício dos direitos*, percetível no desfrute em harmonia com a função económica da coisa.

[254] Todos os direitos reais de gozo, de garantia ou de aquisição pressupõem um direito de propriedade, lado a lado, pois há sempre ao lado de qualquer outro direito real, um lugar para o proprietário, mas o direito de propriedade é exclusivista em relação à coisa e carateriza o direito real de gozo, propriedade com a caraterística da exclusividade.

[255] Na compropriedade será qualitativamente idêntica a todos os seus titulares, apesar de poder ser quantitativamente diferente, apesar de assim se presumir (artigo 1403º do Código Civil).

Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [256]" *extinto direito real que a limite, a propriedade reconstitui-se plenamente. Resultante da sua força expansiva ou atrativa (vis attractiva), é produzido automaticamente logo que cessem os ónus ou direitos reais que a comprimem ou reduzem*".[257]

(***características dos direitos reais***)

Referir, por fim, que: o direito de propriedade compartilha todas as características próprias dos direitos reais; publicidade, inerência, sequela e tipicidade, nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [258]"*o que é dizer: não podemos pretender encontrar em nenhuma delas* [publicidade, inerência, sequela, tipicidade] *o*[um] *traço distintor da propriedade*".

5.3 Matriz Jurídica da propriedade privada.

Como já sobejamente referido[259], percebe-se a "propriedade" como conceito empírico, natural ao ser humano e que o acompanha, em evolução, desde que se transmutou em ente racional e consciente (naturalmente que após a socialização alargada).

Na verdade (e como resulta da primeira parte deste estudo) percebe-se a fundamentação da propriedade privada na origem e como um acordo, um *pacto social*, mesmo que tácito.

O *pacto social propriedade*[260] sucedeu à época da apreensão individual "pela força" e legitimou-se no conceito do respeito da coisa "*de ele*"[261], a apropriação licita, por via do direito.

---

[256] António dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª edição, Coimbra Editora, 2019, pp. 248-249.
[257] António dos Santos Justo, *ibidem*., pp, 248-249.
[258] Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, p, 626.
[259] *Vide supra*, nota 235.
[260] *Vide supra*, nota 8.
[261] *Vide supra*, pp, 4-6.

Trata-se de conceito prático e de mundividência inegável, fortíssimo e insuscetível a teorização (e regulação) desarmónica com a realidade[262] e sustentado, antes de mais, no direito natural, naquele que todos percebem.

Ou seja, a regulação da propriedade deve corresponder a um processo meramente descritivo e nunca a um processo criativo; é a esta positivação, por forma a evidenciar a sua desconformidade com a perceção generalizada, que me refiro com a expressão "por decretada".

Será, no entanto, possível descrever a natureza e função da propriedade. Nas palavras de JOSÉ CASTÃN TOBEÑAS; [263] "*apesar de a propriedade corresponder a facto tão natural e tão constante na história, muitos filósofos, economistas e juristas preocuparam-se em encontrar fundamento racional para a mesma*."[264]

Também para este autor espanhol a propriedade corresponde a um facto natural e constante; irei expor (de forma breve e esquemática) as principais conceções que se registam, ao longo da história, na busca teorizada (em vista) à justificação e fundamentação da propriedade privada; Em especial as três teorias que *estatuem* sobre a sua natureza e justificação; a *clássica*, a *personalista* e a *eclética*.

(***clássicas***)

A teoria clássica ou realista (dos Glosadores e dos Comentadores); percebiam o direito real como o poder direto e imediato sobre a coisa corpórea certa e indeterminada[265]. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [266] *"os Romanos haviam*

---

[262] A opção pelo jus naturalismo (que fundamenta o direito positivo num direito superior, o *direito natural*) é, pois, clara. Também o direito de propriedade se fundará na justiça e na perceção interior e natural de respeito pela *coisa de ele*, como condição e razão primeira para o respeito da *coisa minha*. Será, assim, o pensamento jusnaturalista que fundamenta as soluções de direito positivo. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [diz-se que o direito natural] "*é uma daquelas ideias que sabemos se nos não perguntam, mas já não sabemos se nos perguntam*" (António dos Santos Justo, *Introdução Ao Estudo Do Direito*, 11ª edição, Petrony Editora, 2020, p, 80).

[263] José Castãn Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comun y Foral, Vol. II, editorial REUS, Madrid, 1992*, p, 96.

[264] Tradução Livre.

[265] A critica de Kant; esta teoria sintetiza-se da seguinte forma; *não é possível qualquer relação jurídica entre pessoas e coisas*, ou *a mesma será apenas fruto da imaginação*. Tanto assim é que, por exemplo, no direito real de garantia, em especial na hipoteca, não é conferido qualquer poder imediato sobre a coisa hipotecada.

[266] Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, p 227.

autonomizado a actio in rem – ação contra a coisa - a partir da qual seria, mais tarde, isolada a ideia de ius in re, direito sobre a coisa. É nesta sequência que o direito real vai ser definido, classicamente, como «poder direto e imediato sobre uma coisa». "; Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [267] [a teoria clássica percebia que] *"o direito* [real]*consiste num poder direto e imediato sobre uma coisa certa e determinada, ou seja, não há intermediário entre o titular e o objeto deste direito, ao invés do que se passa com o direito das obrigações em que o objeto só acede ao titular por mediação de outro indivíduo, que é o devedor. Esta teoria, defendida quase unanimemente até ao século XIX, remonta a idade média, à Escola dos Glosadores e dos Comentadores que a elaboraram a partir do conceito romano de ação real a (actio in rem) (...)* [pois na estrutura formal da ação de reivindicação romana] *só figura o nome do proprietário, enquanto o do demandado apenas surge na segunda parte. Por isso, aquelas escolas consideram que há uma relação entre o titular do direito e a própria coisa e, substituindo a ação real (atio in rem) por direito, passaram a falar de direito real"*[268]

I- TEORIAS CLÁSSICAS ou realistas:

JOSÉ CASTÃN TOBEÑAS; [269] esquematiza as teorias clássicas (classificadas) em dois grupos;

i) Os que justificam a propriedade por ato individual;

ii) Os que justificam a propriedade como um ato coletivo e, ou, social.

---

[267] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª edição, Coimbra Editora, 2019, pp. 57-60.

[268] A crítica a teoria clássica; objetiva a impossibilidade de relação jurídica entre homem coisa, referindo e o *poder direto imediato* sobre uma coisa corresponde a uma simples consequência jurídica do poder de impor aos outros uma abstenção; refere também o caso da hipoteca de onde não resulta qualquer poder direto imediato sobre a coisa; refere ainda os direitos pessoais de gozo que não correspondendo a direito de natureza real permitem um poder direto imediato. A este propósito cumpre referir o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/04/2004 no âmbito do processo SJ 2004 0427000 1926(Nuno Cameira) "*os direitos pessoais de gozo possibilitam ao seu titular o gozo direto e autónomo de determinada coisa, o qual, porém, diversamente do que sucede com os direitos reais de gozo, tem sempre profundamente uma relação obrigacional, do que nunca se desprende"*. disponível na internet; www.dgsi.pt. j STJ.NSF.

[269] José Castãn Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comun y Foral,*, Tomo 2 - vol. II, editorial REUS, Madrid, 1992, pp, 96-97.

A- As principais teorias clássicas que fundamentam o direito de propriedade no *ato individual* são a *teoria da ocupação* e a *teoria do trabalho*.

O primeiro (teoria da ocupação de Grócio e Punffendorf) partem da premissa de um estado humano e social primitivo, de isolamento. De tal forma que todas as coisas eram res nullius; justificam o direito à propriedade privada na apropriação que os homens efetuaram sobre as coisas, de que necessitavam, legitimando a propriedade na ocupação passageira e transitória que se foi convertendo em definitivo e permanente (sempre sustentada na garantia do respeito de todos sobre as apropriações realizadas por cada um dos membros da comunidade)." (…)

"O segundo grupo de teorias são as denominadas como teorias do trabalho de Adam Smith, Stuard Mill, Bastiat, Thiers, Portalis) e que fundamentavam a propriedade privada exclusivamente no trabalho, pois era a transformação da coisa por via do trabalho do homem que a natureza incorporava nas coisas a personalidade do proprietário."

B- As principais teorias clássicas que fundamentam o direito de propriedade como um ato coletivo são a *teoria da convenção* e a *teoria da lei*.

(***teoria da convenção***)

Nas palavras de JOSÉ CASTÃN TOBEÑAS; [270] "*A teoria da convenção de (Rosseau, Kant, Fichte) fundamentam a propriedade privada no pacto social. Argumentam que os atos do homem isolados, tal como a ocupação e o trabalho, não podem constituir e fundamentar o direito à propriedade privada; pois esta estará sempre e inevitavelmente, dependente do respeito por parte de todos os membros da sociedade*."

(***teoria da lei***)

Reitera-se nas palavras de JOSÉ CASTÃN TOBEÑAS; "*por sua vez a teoria da lei (Mirabeau, Montesquieu, Bentham, Toullier) sustentam que a propriedade é obra exclusiva da lei, pois unicamente a garantia do poder Público pode sancionar a*

[270] José Castãn Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comun y Foral*, Cit., p, 97.

abstenção de todos a perturbar o direito do proprietário e, por sua vez, constituir o título de gozo de um único determinado solo"

II – TEORIAS MODERNAS ou personalistas:

As teorias modernas ou personalista (da Pandectistica[271] Alemã - Século XIX- de Windscheid, na Alemanha e Planiol[272], na França) entende os direitos reais como relações entre pessoas. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [273] [a teoria personalista] "*vê no direito real um poder atribuído a uma pessoa de excluir as demais de qualquer ingerência na coisa que constitui o seu objeto, desde que incompatível com o seu conteúdo. A relação do homem com as coisas é substituída pela relação dos homens com os homens, sujeitos de uma obrigação passiva universal".*

A estas conceções, personalistas, também denominadas de teorias modernas, repugnava a existência de um poder direto e imediato sobre a coisa, porque tal poder determinava o exercício de um direito desinserido de qualquer relação jurídica. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [274] (em resposta à afirmação de que o direito

---

[271] O pensamento jurídico contemporâneo, após o século XVIII, nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO "*constitui um marco de profunda renovação do pensamento jurídico (...) sendo a fonte de direito a razão humana a lei e a sua expressão: além de ser geral e abstrata, e segura, certa e clara e constitui instrumento de transformação social. Pelo contrário, o costume é incerto e comprometido com o passado que urge transformar. Por outro lado, a crença da omnipotência da razão justifica o afastamento da opinio communis doctorum: afasta-se o provável, porque se julga possível o acesso à veritas. afirma-se o direito natural e, quanto ao direito romano considera-se que deve ser selecionado pela razão:: e o direito dos usus modernus pandectarum.*", António dos Santos Justo, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra Editora, 2014, pp, 47-48.; Este autor esclarece-nos sobre as principais correntes do pensamento jurídico contemporâneo; o Iluminismo; Pensamento jurídico político; Humanitarismo; *Usus modernus pandectarum*; Positivismo exegético (ou legalista); Escola histórica do direito; Jurisprudência dos conceitos; Positivismo normativista; Positivismo sociológico; Realismo jurídico escandinavo; Realismo jurídico norte-americano; Escola do direito livre; Jurisprudência dos interesses; e outras correntes do pensamento jurídico (Neopositivismo; Jusnaturalísmo contemporâneo; Doutrina da natureza das coisas e outras soluções) para tanto vide António dos Santos Justo, *ibidem*, pp, 47-86.

[272] Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; "*Segundo* (…) *Planiol, a relação absoluta teria como sujeitos o titular do direito real e todos os outros. Posto o que o poder absoluto seria aquele que se impõe a todos. O sujeito ativo desta relação jurídica teria o direito de exigir de todos uma posição de abstenção em relação à coisa* "«todos os outros» teriam o dever de se abster de quaisquer ações perturbadoras", MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, p 235.

[273] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2019, p, 60.

[274] Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, C*it*., pp, 229-231.

real não poderia ser um poder direto e imediato sobre coisas, porque isso pressuporia um direito desinserido de qualquer relação jurídica, refere que] "*esta critica não é, de forma alguma, procedente. Foi-o no princípio do século. Quase cem anos mais tarde, temos a perspetiva histórica que nos habilita a considerar que* ***a «relação jurídica» não é necessária, nem suficiente, para salientar a natureza social do direito***. *O direito real tem evidente existência social, mas isso não é sinónimo de relação intersubjetiva (...) Não obstante não consideramos o direito real como poder jurídico sobre uma coisa, pensamos que podem existir poderes jurídicos sobre coisas. Aceita a definição de poder que nos dá Manuel Gomes da Silva* [disponibilidade de meios para obtenção de determinados fins], *diremos simplesmente que entre os meios cuja disponibilidade o integra pode estar a disponibilidade de praticar atos sobre coisas*".

Ainda com referência à sistematização de JOSÉ CASTÃN TOBEÑAS; [275] as teorias modernas[276] caracterizaram-se por justificar a propriedade em princípios de ordem racional ou sociológico.

Para estes, nas palavras de JOSÉ CASTÃN TOBEÑAS; [277] "*as formas mais generalizadas são: a que coloca a razão de ser da propriedade na personalidade humana e na liberdade individual, considerando aquela como uma extensão necessária destas (Hegel, Ahrens, Miraglia*) *e, ainda os que fundamentam a propriedade no direito à vida e na busca da perfeição crescente (...) devendo a mesma servir à satisfação das necessidades do homem enquanto tal (Antoine e toda a Escola Católica)"* [Os que, como] *"Leroy-Beaulieu e outros economistas, que encontram,*

---

[275] José Castãn Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comun y Foral, vol. II, editorial REUS, Madrid, 1992*, p, 98.

[276] Podem dividir-se em sistemas racionais e sistemas sociológicos. Os racionais (de Hegel, Ahrens e Miraglia) que encontram *a ratio da propriedade* privada na liberdade individual. A razão de ser da propriedade será o homem e a sua própria personalidade, as circunstâncias do homem como ser independente carecem da propriedade privada que o liberta e responsabiliza enquanto ser autónomo e personalizado. Ainda nos racionais, a escola católica (Antoine) justifica o direito à propriedade privada decorrente do próprio direito à vida que impõe deveres e pecados. O individuo deve procurar a sua perfeição também no desfrute da propriedade que deve servir às necessidades de todos. Os que justificam a propriedade por razões de ordem sociológica, os economistas (Leroy-Beaulieu) justificam a propriedade na utilidade e no serviço que prestam à comunidade, e os positivistas e sociólogos, (Cimbali, D`Aguanno) percebem a propriedade como um organismo social e legal que permite a subsistência do individuo.

[277] José Castãn Tobeñas, *Derecho Civil Español, Comun y Foral, vol. II, editorial REUS, Madrid, 1992*, p, 98.

simplesmente a justificação da propriedade na utilidade ou serviço que a mesma presta à sociedade. E os positivistas e sociólogos consideram a propriedade como organismo de nutrição do corpo social, atribuindo-lhe a missão de reforçar o individualismo na luta pela existência (Cimbali, D´Aguanno)".[278]

(***racionalistas***)

Encontram *a ratio* da propriedade privada na liberdade individual. A razão de ser da propriedade será o homem e a sua própria personalidade, as circunstâncias do homem como ser independente carecem da propriedade privada que o liberta e responsabiliza enquanto ser autónomo e personalizado.

(***Escola Católica***)

Justificam o direito à propriedade privada decorrente do próprio direito à vida; que impõe "deveres e pecados". O individuo deve procurar a sua perfeição também no desfrute da propriedade que deve servir às necessidades de todos. Percebe-se o já sobejamente referido conceito de "o próximo".

(***Escola Sociológica***)

Os que justificam a propriedade por razões de ordem sociológica, (organismo social) justificam a propriedade na utilidade e no serviço que prestam à comunidade;

(***Escola Economicista***)

Os economistas, tal como os positivistas e sociólogos, percebem a propriedade como um organismo social e legal que permite a subsistência do individuo.

III- A TEORIA ECLÉTICA ou mista:

A agregadora teoria eclética percebe o direito de propriedade[279] como o poder direto e imediato sobre a coisa, mas conjugada com a obrigação geral de abstenção dos

---

[278] Tradução Livre.

[279] O direito de propriedade *lato sensu*, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979, pp, 12-13.

demais que estarão impedidos do que seja que perturbe o desfrute da mesma (pelo legitimo proprietário).

O titular do direito real pode exigir dos demais o dever geral de abstenção e por esta via lograr que ninguém se intrometa no gozo e na disponibilidade da sua coisa[280].

A teoria eclética ou mista de Bekker,[281] conjugou as duas (fundamentais) posições doutrinárias, estabelecendo que os direitos reais são percebidos em duas faces, uma interna e outra externa.

A face interna corresponde ao clássico poder direto e imediato sobre as coisas; a face externa (corresponde) à *moderna*, ou personalista, relação entre o titular do direito real e as demais pessoas.

(***conclusão***)

Com natural adesão (na origem) opta-se pelo conceito de propriedade sustentado naquele, já sobejamente referido, acordo social (teorias clássicas da convenção); com clara cedência (na conceção) e sem abdicar da coisificação, pois a relação jurídica real compõe por titular e coisa (o objeto), percebem-se as virtudes das teorias modernas da Escola Católica, na medida em que o direito de propriedade corresponderá a um direito fundamental ao homem; por via do qual o proprietário se deve comprometer no respeito para com *o próximo*; impedindo a coisa horrível (sob qualquer forma e graduação) do individuo; salvaguardando a dignidade e impedindo a subjugação; não podendo, a propriedade, servir e alimentar aquelas formas e conceções que fulminam a alegria pura das famílias.

A conceção clássica impõe a histórica e incontornável conclusão formativa; que a propriedade, (que se formou nas antigas civilizações, percebido nos primeiros registos das civilizações egípcia e mesopotâmica) claramente se terá conformado como um *pacto*, uma convenção antiga, posteriormente desenvolvida sobre a magistral prática dos jurisconsultos romanos.

---

[280] A critica, no essencial, refere que esta teoria não identifica o conteúdo dos direitos reais e que a chamada obrigação passiva universal ignora que o dever geral de abstenção é um efeito do poder direto e imediato da teoria clássica

[281] Von Ernst Immanuel Bekker.

A propriedade corresponde ao direito subjetivo por excelência; os romanos não conheciam a teoria dos direitos subjetivos, mas regularam a propriedade em conceções práticas, efetivas e com soluções justas.

Recorda-se que os romanos não teorizavam a realidade, perceberam-na.

No que tange ao desfrute sobre a coisa, os romanos perceberam-na como sinónimo de propriedade.

Realidade e propriedade como sinónimos.

Observaram-na e compuseram-na na forma *da tria praecepta iure*[282] e foi desta perspetiva de observação prática, conjugada com a sabedoria (uma dádiva rara, uma porta que só os tempos efetivos franqueia) resultou o instituto da propriedade nas fórmulas positiva e negativa, hoje consignadas no artigo 1305º do Código Civil, tal como caraterizada (e não definida) pela Escola dos Comentadores, pela pena de Bártolo, já no século XIII.

Foi da original conceção de *proprietas* (primeira fórmula) e da limitação resultante dos aemulatio, em suma da caraterização da Escola dos Comentadores (segunda fórmula) que resultou "estabelecida" a propriedade; foi com origem nos *aemulatio ictus* e nas soluções à *immissio* de POMPONEO que resultou conformada a base à atual teoria do regular exercício dos direitos. Motivo para concluir que, afinal, já há seculos que a propriedade privada foi, no essencial, estabelecida a sua matriz, regulada a sua base.

6. A *indeterminação* do direito de propriedade.

O direito de propriedade, *stricto sensu*, é caraterizado pela *indeterminação.* O proprietário dispõe (tendencialmente) de todos os poderes[283] legalmente admissíveis

---

[282] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*as normas jurídicas distinguiam-se das outras normas sociais principalmente pela sua característica interna, isto é, pelo seu conteúdo íntimo, pois é da própria essência de qualquer norma jurídica, sempre, em tudo, a todos, preceituar - « honeste vivere, alterum non leadere, suum cuique tribuere» - não abusar dos seus poderes, isto é exercer retamente as suas faculdades ou direitos (honeste vivere); não prejudicar ninguém (alterum non laedere); atribuir (ou só dar ou só entregar ou dar e entregar) a cada um o que é seu (suum cuique tribuere)*", Sebastião da Cruz, *Direito Romano (Ius Romanum) introdução e fontes*, 4ª edição, Coimbra editora, 1984, pp, 12-13.

[283] Limitados pela utilidade e *fim económico*, pelos bons costumes e usos.

sobre a sua coisa (dentro dos limites da lei, de modo pleno e exclusivo de todos os poderes possíveis, diretos e imediatos sobre a sua coisa, "*a sua propriedade*".)

Este direito de gozo máximo será limitado por razões (essencialmente) de interesse público ou de direito privado. Poderá ainda, em certas circunstâncias, expressamente previstas na lei, (nacionalização e expropriação) resultar, a coisa, privada apropriada e integrada no domínio público. Solução jurídica que identifico como a restrição ao poder de disposição próprio do proprietário privado.

Já assim ocorria no direito Romano, atente-se às palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO;[284] (com referência a LOZANO CORBI); "[a expropriação] "*terá sido na época pós-clássica, sobretudo a partir de Teodósio II, que se consolidou, quando a determinados magistrados foi concedida a faculdade de demolir edifícios após a indemnização dos proprietários* (…) [prossegue em nota 3] "*merecem especial referência algumas conclusões a que chegou LOZANO CORBI sobre a expropriação forçada por utilidade pública* (…) «*a expropriação forçada é uma relação obrigacional entre o populus Romanus e o civis, que se torna perfeita com o seu consentimento na cedência da res. Este segundo momento faz pensar numa venda forçada, não espontânea ou numa emptio ab invito*»". Uma venda forçada corresponderá aquela referida restrição[285] aos poderes de disposição.

---

[284] António Dos Santos Justo, *Direito Privado Romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997, pp, 30-31.

[285] O termo *RESTRIÇÃO* significa *QUASE ANULAR*, ou mesmo ANULAR os poderes de disposição do proprietário (consequentemente quase extinguir ou extinguir a propriedade privada, ou os concretos poderes do proprietário). Quanto à valoração do alcance e graduação das limitações aos direitos do proprietário (e só neste sentido) referem-se, a propósito da problemática relativa às *emmissio licitas*, as palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*proibir qualquer emmissio num fundus alheio significaria* ***restringir***, ***quase anular*** *a atividade do outro proprietário*" António dos Santos Justo, *Direito privado romano, Cit*., p 35; Já no sentido da CLARA **distinção em graduação entre limitações e restrições**; distinção entre limitações de direito público e restrições ao direito de propriedade, naturalmente por razões (essencialmente) de direito público; a distinção entre *proibições limitativas*, as LIMITAÇÕES e a expropriação, esta última como um *plus aquelas limitações de interesse público*, as RESTRIÇÕES a que se referem as palavras de ÁLVARO D´DÓRS;" *hay, tambiem otras limitaciones que son impuestas por el ordenamento jurídico en atencion a razones de intererés publico, sea en forma de expropriación o de prohibición limitativa*". sejam em forma de expropriação sejam em forma de limitações - tradução Livre) - Álvaro D´Ors**,** *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 209; ("*seja na forma de expropriação seja na forma de proibição limitação*); Também Oliveira Ascensão conclui que considerar aquelas situações que determinam a extinção do direito de propriedade como uma limitação não será assertivo (referindo-se à expropriação) nas palavras de OLIVEIRA ASCENÇÃO; "*será realmente correto que consideremos a expropriação restrição de um direito real, quando ela provoca a liquidação pura e simples deste? Alguns autores afirmam que só impropriamente se fala aqui de*

(***limitações e restrições***)

Sem grandes considerações de ordem teórica, impõe-se referência específica e prévia a terminologia que irei utilizar. O objetivo é a clareza e o rigor, sendo certo que a lei utiliza expressão (verbos) que se percebem em efetiva graduação que não pode ser ignorada.

A restrição corresponderá, naturalmente, a um *plus* da limitação.

A limitação corresponderá apenas um constrangimento, a uma contração dos poderes do proprietário; aquelas (as restrições) correspondem à sucumbência do próprio direito, porque, no caso em concreto, resultou a propriedade privada sobre determinado imóvel "de (verdadeiro) acesso restrito" ao privado. Trata-se daquela coisa que "*migrou*" do comércio jurídico para o dominio público.

Reitera-se; não se desconhece que, gramaticalmente, *limitar e restringir* são sinónimos.[286] No entanto (e porque não se percebe) que o "sacrifício máximo" imposto

---

uma restrição; mas isso representa uma ***incompreensão*** *da mecânica do instituto. O que constitui limitação dos direitos reais privados, não é propriamente o ato de expropriação ou a vicissitude que provoca.* ***A limitação está na sujeição, imposta genericamente*** *a todo o direito real sobre imóveis e por efeito da qual o direito pode ser expropriado quando surge uma causa de utilidade pública prevista na lei.* ***A restrição à propriedade consiste pois propriamente na sujeição à expropriação; o ato de expropriação representa a atuação de uma restrição pré-existente****. Já se falou, a propósito da expropriação, em venda forçada, mas esta qualificação não é satisfatória.* ***A expropriação importa, nos casos normais, a extinção definitiva do direito existente*** *(...) Nunca há uma sucessão ou transmissão do antigo ao novo titular, ao contrário do que se dá em consequência da venda (...) "; "já falamos de expropriação, na sua fisionomia de restrição de direitos reais sobre imóveis.";* José De Oliveira Ascensão, *Direito Civil REAIS*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1987, pp 218-219;311

[286]Acresce que a distinção que se impõe corresponde também a convicção do autor. Dir-se-á que é a *própria limitação da propriedade privada que poderá conduzir à sua extinção*. Não se desconhece que (os verbos) restrição e limitação sejam sinónimos gramaticais. Mas em "*direito as palavras não servem para falar, mas para dizer"*. As palavras, *em direito*, mais que valor gramatical têm valor rigoroso e quase *matemático*. Tal como não existem dois números que se aponham numa fórmula sem alterar o seu resultado final, também não haverá duas palavras (dois *termos* ou expressões) que possam ser usadas, indistintamente no mesmo dispositivo legal, sem alterar o seu resultado final, sem expressar realidade diversa; a expressão, "*dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas*" determina o uso do direito limitado e é impróprio à extinção do direito por via limitações (da lei), **pois não faz sentido limitar um direito que não exista**. A interpretação de qualquer norma não pode resultar em conclusão que, legitime (também)o seu contrário. Se a própria limitação da propriedade privada pudesse conduzir à sua extinção, estaríamos a afirmar *o uso do direito, que seria PLENO e EXCLUSIVO com exceção da sua EXTINÇÃO por FORÇA DE LIMITAÇÃO!...* Convenhamos que faria pouco sentido (nenhum sentido; ou é pleno ou resulta extinto!). Por outro lado; limitar o uso de um qualquer direito extinto tão pouco se percebe. Esta linha de raciocínio, de pretendida equivalência verbal entre *limitação e restrição* (apostas na letra da lei), determinaria *que a extinção da propriedade poderia decorrer das suas limitações* ou das suas restrições. Pois seja, perceba-se a opção; que sejam as restrições que correspondem às formas legais de apropriação pública da coisa privada (expropriação e nacionalização). Acredito que só se percebe

ao titular do direito de propriedade será a privação definitiva da sua titularidade por via de uma simples limitação, opta-se (por questões de método e clareza) na graduação dos termos usados na lei, *limitação e restrição*;

i) A limitação; percebe-se na simples contração dos poderes do proprietário (que continuará a ser o proprietário) ainda que os seus poderes e respetivas faculdades se encontrem limitadas, seja por razões, essencialmente, de interesses públicos, seja por força do direito privado;

ii) A restrição; (termo que usarei) naquelas concretas formas legais em que resulta posta em crise a titularidade do direito de propriedade (em concreto aos poderes de disposição) de tal forma que determinem a apropriação da propriedade privada remetendo-a ao domínio Público, contra o pagamento de uma indemnização, a nacionalização e a expropriação.

(***a advertência de Pires de Lima***)

No que diz respeito às limitações ao direito de propriedade, Pires de Lima adverte que não será adequado dividi-las em públicas e privadas. Afinal de contas as limitações e as restrições serão todas públicas, pois estando previstas na lei, devem prosseguir, mesmo nas denominadas limitações por "interesse privado", o interesse público.

---

a razão pela qual a lei usa os dois termos (limitação e restrição) no mesmo dispositivo (na mesma frase), na pretendida graduação dos constrangimentos ao direito de propriedade. (Reitera-se que carece de sentido limitar o direito que resulta extinto.) Refere-se ainda que, o artigo 1305º do Código Civil usa o termo *limitar* agregado ao gozo pleno e exclusivo e o termo *restrições* como sinónimo das imposições da lei (nacionalização e expropriação). Se, apesar de tudo o referido se entender que a extinção da propriedade ocorre por via da sua limitação, confessadamente se assume a impossibilidade de o percecionar para além de uma qualquer expressão convencionada; razão pela qual usarei três expressões; *restrição* para as duas formas de apropriação pública da propriedade privada, nacionalização e expropriação; l*imitação (essencialmente) por razões de interesse público* ou por *razões de direito privado* nas demais (que se percebem). Acresce, por fim, que: **Não se percebe o sentido em afirmar a limitação ao exercício de um direito *de gozo pleno e exclusivo* (em tal grau) que determine a sua extinção**. Acredito que só a restrição à titularidade ao direito de propriedade privada poderá nominar o procedimento que conduz à sua extinção. A propriedade privada que resulte extinta por via da apropriação pública, (fruto dos procedimentos de) nacionalização ou por expropriação, não resultará limitada, mas sim restringida da esfera de qualquer privado. Qualquer privado constatará a sua expectativa (de aceder àquela propriedade daquele determinado imóvel apropriado) como juridicamente impossível, pois tal propriedade é-lhe restrita, está fora do comércio, pertence ao dominio público. Deixando de integrar a esfera patrimonial privada não fará sentido considerá-la limitada, mas sim restringida à mesma, pois irá integrar o dominio público, Cf. artigo 6º da Lei 168/99 de 18 de setembro.

Nas palavras de PIRES DE LIMA; [287] "*as expressões interesse Público e interesse privado, usado por alguns autores, cf. Oliveira Ascensão, (A Tipicidade Dos Direitos Reais, páginas 187 e 188 e nota 33) são inadequadas.* ***Há muito que está reconhecido pela ciência jurídica que o simples interesse público ou o mero interesse particular não pode, no campo do direito, caracterizar nada****. Nem a norma, nem as relações jurídicas.* ***Por conceito, todas as normas visam simultaneamente a satisfação de interesses públicos - é esse o fundamento do direito*** – (…) *Por isso alguns autores falam em normas que satisfazem predominantemente interesses públicos ou predominantemente interesses privados. É claro que tudo o que se possa dizer, a respeito das normas, se pode dizer das relações por elas reguladas."*

(***a fórmula aberta***)

Tendo presente esta ressalva; importa decompor, de forma prévia, objetiva e prática, a fórmula negativa e aberta[288] de Bártolo, adstrita à nossa conceção de direito de propriedade (stricto sensu) que se configura, e sempre assim foi, limitada no direito de gozo (uso, fruição ou disposição) ou restrita na titularidade; as suas modalidades serão:

i) As restrições por determinação executiva (*nacionalização*);

ii) As restrições por determinação administrativa (*expropriação*);

iii) Limitada por razões, essencialmente, de ordem pública (*requisição, servidões administrativas, ius aedificandi, fracionamento, emparcelamento integral, atravessadores* e *outros*);

iv) Limitada por razões de direito privado (*direito de vizinhança*).

6.1 **As restrições da propriedade** (*figuras afins*).

As restrições à propriedade privada efetivam-se em consequência do procedimento formal que determina a apropriação da coisa. Ocorrem por via da

[287] Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, volume III, segunda edição revista e atualizada, 2010, pp, 92-93.

[288] Resulta da fórmula negativa de Bártolo que a propriedade privada corresponde a um *pacto social* com dois blocos de cláusulas; o primeiro (1ª parte do artigo 1305º do CC) imutável (poder direto imediato) e o segundo, (2ª parte do artigo 1305º do CC) adaptativo (limitado e restringido por lei).

apropriação pública de direitos ou imóveis, em procedimento formal nominado como *nacionalização* e *expropriação* (respetivamente).

Se esta extinção se verificar sem o pagamento do preço estaremos perante uma apropriação penal (subsumíveis às opções de reação e prevenção criminal, sujeitas ao princípio da legalidade, artigo 1º do Código Penal e seus corolários) não decorrente de qualquer restrição à propriedade privada. Estas situações não correspondem a restrição alguma por causa da coisa, mas em consequência do comportamento do cidadão, enquanto tal, não como proprietário.[289]

Ao invés, as restrições à propriedade privada terão por base o interesse público, pois é função do Estado a satisfação das necessidades coletivas e sociais. Para tal deverá pagar o valor da aquisição da coisa apropriada ao setor privado.

(***extinção***)

Será requisito da restrição ao poder de disposição do proprietário o pagamento da indemnização legalmente estabelecida (entre outros, *Cf.* artigo 1310º do Código Civil). Sem essa contrapartida a propriedade privada não será restringida, será, simplesmente, extinta.

Esta extinção (apropriação sem indemnização efetiva e equitativa) constitui um *plus* à restrição. Corporiza o *ius imperii* puro; se não for justificado ou decorrer da lei, será impróprio do Estado de Direito (um *dominato* contemporâneo). Diga-se, em completo incumprimento ao *pacto social* que, por força do artigo 62º da Constituição, declara o direito[290] (fundamental) à propriedade privada.

---

[289] O mesmo sucedia no direito romano, por ato público de poder, a propriedade privada poderia ser apreendida, nesse sentido, ÁLVARO D´ORS; "*por acto de ius imperium, ya los magistrados, com autorizacion del senado, podian disponer de los bienes privados, por ejemplo, a causa de confiscacion penal*"; *por ato de ius imperium, os magistrados, com autorização do senado podiam poderiam dispor dos bens privados, como ocorria, por exemplo, nos casos de confisco penal* (Tradução Livre), Álvaro D´Ors**,** *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983, p, 211.

[290] Nas palavras de RUI AMARAL; "*como tal, beneficia do específico regime jurídico (...) entre o mais, no artigo 18.º da C.R.P. Alguns autores vão mesmo mais longe ao conceberem que o direito de propriedade tem origem no Direito Natural (na medida em que emana da própria personalidade do Homem). Acresce que, tanto o artigo 17.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como o artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (convenções que obrigam o Estado Português a nível internacional) assumem o direito de propriedade privada como um direito de natureza pessoal e, por força dos artigos 8.º, n.º 2, 16.º, n .os 1 e 2, e 18.º, n.º 1, da Constituição, vigoram na ordem jurídica portuguesa, podendo ser invocados pelos cidadãos independentemente da existência de normas de direito interno que os contemplem (...)*

A extinção da propriedade privada, nos termos ora referidos, terá como consequência inevitável a insegurança jurídica, imprópria à paz social. Esta última, afinal de contas, objetivo fundamental de qualquer ordenamento jurídico ocidental.

(***formas de apropriação pública***)

No nosso direito, os poderes públicos podem apropriar-se dos bens privados por três formas;

i) Em sede de execução judicial, com o exemplo claro da execução fiscal;

ii) Em sede de apreensão penal, em resultado de processo-crime;

iii) Por via das restrições à propriedade privada, (nacionalização ou expropriação).

Só esta última integra a figura da restrição à propriedade privada; ou se percebe como uma limitação à mesma em *sentido lato*, pois o direito ao gozo daquela coisa, ou de uma concreta classe de coisas, é retirado ao privado; são retiradas, temporária ou definitivamente, do comércio jurídico.

(***o confisco***)

Uma breve referência à figura do confisco: Ao confisco alude MENEZES LEITÃO; [291] estabelecendo a distinção entre o "*confisco nacionalização*" e o "*confisco sanção*". Já nos referimos ao confisco penal, consiste naquela decisão (sanção) apropriativa, que se corporiza na apreensão e posterior declaração de bens perdidos a favor do Estado.

Nesta linha, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 827/96, já referido, teve, desde logo, a importância de afirmar jurisprudencialmente algo que a doutrina portuguesa sempre defendeu, ou seja, que o direito de reversão é um corolário da garantia constitucional da propriedade privada. A doutrina portuguesa concebe, de facto, o direito de reversão como corolário do direito de propriedade privada, (…) Assim, para Freitas do Amaral e Paulo Otero, o direito de reversão é um corolário da garantia constitucional da propriedade privada que decorre diretamente da especial tutela conferida a este direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Estes autores defendem, ainda, que este direito é um corolário do princípio da justiça subjacente ao Estado de Direito Democrático (artigos 1.º, 2.º e 266.º, n.º 2, da CRP), pois seria manifestamente injusto que o Estado viesse a obter uma vantagem patrimonial à custa do sacrifício individual". Rui Amaral, *A Reversão Dos Bens Expropriados*, Revista CEDOUA – Revista do Centro de Estudos do Direito e do Urbanismo e do Ambiente, d*outrina*, 2004, n. 13, ano VII, pp, 120-121.

[291] Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p, 172.

O "*confisco nacionalização*" resultaria de decreto apropriativo por via do qual (e sem pagamento de qualquer indemnização) o Estado faria sua a coisa privada.

Permito-me não acompanhar esta posição; na vigência do Código Civil de 1966, formalmente, nunca se verificou qualquer confisco nacionalização. Acredito que este segmento se poderá reportar, em exclusivo, ao período pós-revolucionário. Ao curto período que decorreu entre o dia 25 de abril de 1974 e finais de outubro de 1977. Nas palavras de MENEZES LEITÃO; [292] "*O confisco nacionalização resulta do decreto apropriativo sem pagamento de qualquer indemnização, o confisco sanção penal sancionatória consiste na decisão sanção apropriativa que, por sua vez pode ser total ou parcial*".

Reitero que no que tange ao nominado "*confisco nacionalização*", nem mesmo naquele referido período anterior a 1977 se pode afirmar que se terá verificado qualquer nacionalização sem indemnização; a Lei 80/77, de 26 de outubro determinou o pagamento, com efeitos retroativos, de todos direitos e imóveis nacionalizados. Isto é, mesmo aquelas nacionalizações (permita-se o adjetivo, *"selvagens"*) foram corrigidas à *ratio legis*, à forma das restrições previstas na segunda parte do artigo 1305º do Código Civil, "*com observância das restrições por ela* [lei] *impostas*", (*Cf.*, artigo 1310º do Código Civil). Resulta que a Lei 80/77, de 26 de outubro, determinou e com efeitos retroativos, o pagamento de indemnização no caso de nacionalização, (*cita-se*) *" as nacionalizações de empresas, de ações e outras partes do capital social de empresas privadas, as nacionalizações de prédios realizadas nos termos do Decreto-Lei nº 407-A/75, de 30 de Julho e as expropriações efetuadas ao abrigo das leis da reforma agrária , desde 25 de Abril de 1974, conferem aos ex-titulares* (…) *o direito a uma indemnização, liquida e efetivada nos termos* (…) *da lei* "

Conclui-se referindo que, aquelas "*nacionalizações confisco*", a que se refere Menezes Leitão, na vigência do Código Civil de 1966, formalmente, nunca existiram. Com o afirmado não se contesta a questão material, de facto poderia ter, na prática, existido, tal como se percebe do concreto *quantum* indemnizatório (porque desfasado de critérios de efetiva justiça compensatória).

---

[292] Menezes Leitão, *Direitos Reais*, Cit, p, 172.

6.2 Nacionalização.

Quando o interesse público se alcança e efetiva por ordem do executivo, que determina a apropriação de determinado direito ou coisa, verifica-se a apropriação pública da *propriedade* (privada) em *sentido lato*.[293]

À nacionalização (tal como na expropriação) impõem-se três questões formais prévias, ou requisitos que a condicionam, justificam e validam:

i) Prévia declaração de *interesse público* (*coletivo ou nacional*);

ii) Efetiva *avaliação* do imóvel ou direito, segundo os valores de mercado;

iii) A *justa compensação* que deverá ser paga de imediato e por inteiro.

A nacionalização de pessoas coletivas é atualmente regulada pelo Decreto-Lei número 62 -A/2008 de 11 de novembro[294], com referência ao artigo 83º da Constituição da República Portuguesa. Sob a epigrafe "*requisitos de apropriação pública*" dispõe que *A lei determina os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização.*

---

[293] *Vide supra* nota 244.

[294] **MENEZES CORDEIRO refere que o Decreto-Lei 62-A/2008 não visa as nacionalizações em geral, apenas a apropriação de participações sociais**, nas palavras de MENEZES CORDEIRO; "*O regime aprovado pela Lei n.º 62-A/2008 não visa nacionalizações em geral. O artigo 1. ° reporta-se à: (...) apropriação pública, por via de nacionalização, no todo ou em parte, [de] participações sociais de pessoas coletivas privadas (...) Da nacionalização do BPN 65 RDS I (2009), 1, 57-91 Estão na mira "participações sociais" e, portanto, sociedades: e não, diretamente, os bens ou os patrimónios que se pretenda colocar no sector público. II. A tradição nacional não é unívoca. Aquando da nacionalização do Banco de Portugal, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 452/74, de 13 de setembro, determinou-se (artigo 1. °/2) que as ações representativas do capital social dessa instituição, que não estivessem já na titularidade do Estado, se considerariam transmitidas para ele, independentemente de quaisquer formalidades e livres de ónus ou de encargos. Já aquando da nacionalização da banca comercial, o Decreto-Lei n.º 132-A/75, de 14 de março, veio dispor, simplesmente (1. °/1): São nacionalizadas, todas as instituições de crédito com sede no continente e ilhas adjacentes, com exceção (...) Idêntica linguagem foi usada pelo Decreto-Lei n.º 135-A/75, de 15 de março, quanto às companhias de seguros. O regime aprovado pela Lei n.º 62-A/2008, de 11 de novembro, é mais cuidado. Ao nacionalizar participações sociais (em vez de, diretamente, as próprias instituições), o Estado fica com maior liberdade de, às sociedades visadas dar, depois, o destino que entender. Uma nacionalização direta da própria instituição envolveria a imediata constituição de uma empresa pública"*, Menezes Cordeiro, *Revista De Direito das Sociedades* Nº I, 2009, pp, 54,-55.

A Lei número 62º-A/2008 de 11 de novembro prevê as nacionalizações das participações sociais das pessoas coletivas. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO;[295] "*Estão na mira "participações sociais" e, portanto, sociedades: e não, diretamente, os bens ou os patrimónios que se pretenda colocar no sector público* "

(***ato raro e grave***)

Esta forma de apropriação da propriedade privada, *lato sensu*, (ato raro porque grave) deve, também, conformasse à especial ponderação entre o *sacrifício* (apropriação) da propriedade privada e a defesa do interesse público. Determina a apropriação pública dos bens, ou direitos privados, por decisão do Executivo, uma decisão política, que se deverá legitimar, em exclusivo, no interesse público; que deve ser claro e inquestionável.

Quando a nacionalização não se perceber como excecional e francamente justificada, será interpretada como simples extinção da propriedade privada, impondo a insegurança jurídica[296]. Esta constitui-se como "o maior inimigo" da propriedade

---

[295] *Vide supra* nota 294.

[296] Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; A*lém da justiça, também a* ***segurança jurídica*** *constitui uma finalidade do direito. E bem se compreende que assim seja porque, sendo o direito uma ordem e uma forma de vida, tem necessariamente de contribuir para a criação de uma situação geral de pax et tranquilitas* (…) *Trata-se de uma figura que o liberalismo destacou e constituiu a preocupação nuclear das doutrinas do pacto social a que os homens primitivos teriam recorrido para afastarem a insegurança da guerra de todos contra todos* (…) ou do domínio dos mais fortes e viverem num estado de certeza e de segurança. *A segurança pode ser entendida no sentido de* [ordem imanente; certeza do direito; segurança perante o Estado; segurança Social] (…) ***ordem imanente*** *à existência e ao funcionamento do sistema jurídico* (…) *é a segurança através do direito que garante a nossa existência pessoal e social contra-ataques e perturbações* **(…) certeza do direito**: *é a segurança que nos permite prever os efeitos jurídicos dos nossos atos e, em consequência, planear a vida em bases razoavelmente firmes. Constitui, portanto, uma condição de previsibilidade sem a qual a vida seria uma contínua surpresa e a estabilidade não existiria* (…) ***segurança perante o Estado****: Reflete-se na ideia de Estado de Direito, cujos órgãos devem respeitar os direitos que integram a esfera de autonomia dos indivíduos e das sociedades menores. É tutelada pelo princípio da legalidade que limita a ação do Estado; e caucionada pela independência dos tribunais, nomeadamente, que decidirão as ações de impugnação dos atos da Administração que levem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos administrados* (…) ***segurança social****: é um conceito moderno que representa uma nova expressão do interesse social. Traduz as exigências do direito ao trabalho e à libertação da necessidade e do temor; e procura assegurar a todo o ser humano a base material do seu sustento*." António Dos Santos justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 11ª edição, Petrony, 2020, pp 59-61.

privada,[297] pois desagrega, rompe o *pacto social* que a constitui como verdade una e fundacional, verdadeiramente *supranacional*; que integra e percebe a propriedade como conceito muito próximo ao direito natural, que todos entendem.

A nacionalização deve, pois, ser um ato raro, por consubstanciar um ato grave que deve ser evitado.

Deve corresponder a ato especial porque excecional, socialmente consensual e aturadamente fundamentado. É indispensável que seja *por todos* (pela generalidade da comunidade) percebida como indispensável.

Processa-se com base em deliberação do Governo, que deve observar os limites determinados pelos princípios de proporcionalidade, igualdade e concorrência.

Reitera-se; a salvaguarda do direito constitucional à propriedade privada (artigo 62º da Constituição Da República Portuguesa) exige também que a nacionalização se revele, não só necessária, mas mais do que necessária, absolutamente indispensável para assegurar o interesse público. Este "processo" restritivo deverá percorrer *Iter* raro e excecional (porque grave) de tal forma que carece de promulgação do Presidente da República.

(***os efeitos***)

O efeito prático [298] da nacionalização será idêntico ao da expropriação. É, aliás, historicamente previsto em comum. (Atente-se ao nº 1 do artigo 1º da referida Lei 80/77 de 2 de outubro, "*do direito à propriedade privada, reconhecido pela Constituição, decorre que fora dos casos expressamente previstos na Constituição*[299]*, toda a nacionalização ou expropriação apenas poderá ser efetuada mediante o pagamento de justa indemnização"*.)

---

[297] A principal consequência (da insegurança jurídica) será a desregulação dos mercados. O afastamento dos investidores e empresas que, deslocalizando-se, com *eles levam* a circulação de capitais na economia, *os empregos* (bem como as avultadas receitas fiscais).

[298] Verificou-se no nosso País, após a revolução de 25 de abril, fruto de um frenético impulso ideológico apropriativo comum, um período de inúmeras apropriações públicas legisladas pelos Decretos 450/74, 451/74, 407-A de 30 de julho, e 452/74, de 13 de setembro, sem esquecer a Lei da Reforma Agrária de 25 de Abril de 1974 e Decreto-Lei n.º 539/76, de 9 de julho.

[299] Atualmente não será possível a nacionalização ou a expropriação sem o justo e imediato pagamento. Os casos a que se refere este dispositivo são os da expropriação no âmbito da Lei da Reforma Agrária. Atente-se ao sumário do Acórdão do STA de 13.10.2004 no processo 047465 que decidiu pela indemnização das rendas, privação de uso e outros danos, também naqueles processos

(***sindicância***)

No que tange à sindicância da nacionalização; tratando-se de ato materialmente administrativo será, necessariamente fundamentado.

Carece, *ab initio,* de enquadramento em via à declaração do interesse público. Deliberação da Assembleia da República, sob proposta do governo e respetiva promulgação do Presidente da República.

---

que determinaram a expropriação por força da referida lei; " *I - Relativamente aos bens expropriados ao abrigo das leis da reforma agrária que integravam o capital de exploração e foram devolvidos, o prejuízo sofrido pelos titulares de direitos sobre eles consubstancia-se na privação temporária que é indemnizada autonomamente, abrangendo o rendimento líquido dos bens florestais, pelo que a atribuição cumulativa de uma indemnização por frutos pendentes, que constituem uma parte do rendimento líquido do prédio durante o período de privação, reconduzir-se-ia a uma duplicação parcial de indemnização pelo mesmo prejuízo. II - Do preceituado no artº7.º nºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 199/88, na redação do Decreto-Lei nº38/95, resulta que as indemnizações por expropriações e nacionalizações efetuadas ao abrigo das leis da Reforma Agrária serão fixadas com base no valor corrente dos bens ou direitos, mas estes valores devem «referir-se a data da ocupação, nacionalização ou expropriação, consoante o ato que tiver ocorrido em primeiro lugar». III - Assim, a indemnização relativa a extração de produtos florestais, depois de determinado o valor do rendimento liquido dos produtos florestais [com base nos valores de venda desses produtos e dos encargos previstos no art. 5 º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 312/95, de 31 de Julho, aplicável por força do disposto na alínea d), do n.º 2 do art. 5 º do Decreto-Lei n.º 199/88] há que determinar qual o valor que correspondia a esse rendimento à data em que o proprietário ficou privado do uso e fruição dos prédios. IV - O valor assim encontrado é atualizado nos termos do art. 24.º da Lei nº80/77, de 26 de Outubro, em que se estabelece que os juros das obrigações em que se consubstancia o pagamento das indemnizações se vencem desde a data da nacionalização ou expropriação ou da ocupação efetiva dos prédios - O regime de indemnização previsto no Decreto-Lei n.º 199/88 não contende com o direito a justa indemnização, previsto no artº62º nº2 da C.R.P., por a indemnização por expropriação no âmbito da reforma agrária estar prevista no artº94º (anteriormente no artº97.º) da C.R.P., em termos que não impõem uma reconstituição integral da situação que existiria se não tivesse ocorrido a ocupação e expropriação, mas apenas exigem uma indemnização que cumpra as exigências mínimas de justiça ínsitas na ideia de Estado de Direito e não conduzam ao estabelecimento de montantes irrisórios.VI - Por outro lado, inserindo-se na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República legislar sobre os critérios de indemnizações a pagar por nacionalizações e expropriações realizadas ao abrigo das leis da Reforma Agrária (arts. 82.º e 168º, n.º 1, alínea l), da C.R.P. na redações de 1982, e 83.º e 168º, n.º1, alínea l), nas redações de 1989 e 1992], não podia o Governo, ao aprovar os Decretos-Lei nºs 199/88, 199/91, e 38/95, estabelecer, sem incorrer em inconstitucionalidade orgânica, critérios de indemnização distintos dos previstos na Lei nº80/77, cujo regime jurídico desenvolveu através daqueles* diplomas (arts. 115.º, nº2, da C.R.P., em qualquer daquelas redações).VII - No âmbito das exigências de justiça e proporcionalidade, o valor do bem de que o titular do direito de indemnização foi privado não é o único fator a atender, pois é uma da tarefas prioritárias do Estado promover a igualdade real entre os portugueses [artº9º alínea d), da C.R.P. em todas as redações] e é uma das suas incumbências prioritárias no âmbito económico a correção das desigualdades na distribuição da riqueza [artº81.º, alínea b), da C.R.P., a que corresponde a alínea d) na redação de l976) e a lei é o meio mais adequado a promover a «progressiva eliminação de situações de desigualdade de facto de natureza económica»". Disponível na internet; *Acordão do Supremo Tribunal Administrativo – DGSI http://www.dgsi.pt › jsta.nsf .*

O *quantum* compensatório é suscetível de sindicância judicial.

A nacionalização estará sujeita, também a sindicância política em sede de Comissão de Inquérito (direitos, liberdades e garantias) da Assembleia da República e, cumulativo e posterior controlo (ou sindicância) tripla, *a saber:*

i) Dos Tribunais administrativos;

ii) Do Tribunal Constitucional;

iii) Do Presidente da República.

O ato de nacionalização será formalmente um ato do executivo, mas materialmente não pode deixar de se considerar, até por questões de sindicância judicial, um ato materialmente administrativo. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO;[300] "*materialmente, o ato de nacionalização é administrativo. Assim se compreende, de resto, a necessidade de fundamentação expressa do artigo 2. ° /2: (…) o reconhecimento do interesse público subjacente ao ato de nacionalização, com a observância dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e da concorrência. Estamos perante regras que fazem lembrar o artigo 266.°/2, da Constituição (princípios fundamentais da Administração Pública), enquanto o artigo 268.°/4, da mesma Lei Fundamental, garante aos administrados, (…) tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses; a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma (…) O decreto-lei que determine uma concreta nacionalização é, pois, materialmente um ato administrativo, submetido ao controlo dos tribunais administrativos. E além disso – porque é um decreto-lei – sujeita-se à sindicância do Presidente da República e do Tribunal Constitucional*".

(***reversão***)

A nacionalização determina a apropriação (originária) da propriedade (*lato sensu*)[301] de pessoas coletivas ou (menos frequente) de bens imóveis (individualmente considerados).

---

[300] Menezes Cordeiro, *Revista De Direito das Sociedades* Nº I, 2009, *pp, 57-91*.

[301] *Vide supra* nota 294.

Tratando-se de uma aquisição originária, em princípio, estaria vedada a sua reversão, mas e porque, na prática, sobrevivem vestígios do trato registal, (registo comercial ou predial) dele constam sinais que poderão permitir a reversão.

Naturalmente que também a memória dos homens acusa os bens nacionalizados. Estes, também por razões de ordem política, ou executiva, poderão determinar-se em inversão (da nacionalização).

O n.º 1 do art.º 85º da Constituição da República Portuguesa admitia a reversão das nacionalizações daquelas pequenas e médias empresas indiretamente nacionalizadas. Este dispositivo foi, entretanto, alterado pelas Leis Constitucionais 1/89 (artigo 52º) e 1/97 (artigo 53º). Naquele sentido o Acórdão 108/88[302] de 25 de junho de 1988, do Tribunal Constitucional; [clarificava que] "*O princípio da irreversibilidade das nacionalizações, consignado no artigo 83.º, n.º 1, da CRP, não abrange a totalidade das empresas públicas, antes se confina às empresas cuja nacionalização foi objeto de um ato administrativo concreto, ainda que sob a forma de lei*". Ou seja; à exceção das que decorreram da Lei Da Reforma Agrária, todas as demais nacionalizações serão, na prática, reversíveis sob a forma da privatização. Deve concluir-se que a nacionalização pode ser revertida quando incida sobre pequenas e médias empresas indiretamente nacionalizadas e, naquelas outras situações (quase todas) em que se determinaram por ato administrativo complementar; atente-se às palavras de MENEZES CORDEIRO; [303] "*O decreto-lei que determine uma concreta nacionalização é, pois, materialmente um ato administrativo".*

Como antes referido, o ato executivo grave e raro de nacionalização não se encontra previsto na lei constitucional, atente-se ao teor do atual artigo 83º que remete para lei especial; *"A lei determina os meios e as formas de intervenção e de apropriação pública dos meios de produção, bem como os critérios de fixação da correspondente indemnização*, tal como o artigo 1308º do Código Civil que, sob a epígrafe *expropriações*, dispõe que "*Ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito de propriedade senão nos casos fixados na lei."* (Decreto-Lei 62-A/2008; *Decreto-Lei n.º 135-A/75, de 15 de março,*

---

[302] Disponível na internet; https://dre.pt/home/-/dre/371593/details/maximized

[303] Menezes Cordeiro, *Revista De Direito das Sociedades, Cit.*, pp, 57-91

6.3 – Expropriação.

A expropriação está prevista no artigo 62º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa; artigos 1º a 79º do Código de Expropriações; e no artigo 1308º do Código Civil. Corresponde a procedimento formal que determina a disposição da propriedade mediante uma (*pretendida*) justa indemnização. Diga-se, invariavelmente muito abaixo do valor de mercado. Ninguém o poderá negar.

Por via desta forma de restrição à titularidade da propriedade privada resulta, inclusive, a aquisição originária por parte do *apropriante* salvaguardado pela força do Estado, o *ius imperii*.

A lei civil é parca, teria de o ser, uma vez que esta forma de apropriação pública não radica em critérios civilísticos, mas sim publicistas. O artigo 1308º do Código Civil, sob a epígrafe "*expropriações*" dispõe que "*ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito de propriedade senão nos casos fixados na lei*", entenda-se, na Lei 219/99 de 18 do setembro.

(***o processo***)

Os artigos 33º e seguintes da Lei 219/99 (de 18 de setembro) prevê que o processo expropriativo pode ser de dois tipos, *amigável* ou *litigioso*.

O denominado processo amigável de expropriação prevê, entre outros, a tentativa de acordo quanto ao montante da indemnização, formas de pagamento e questões acessórias. Este conjunto de condições (a proposta) é levado ao conhecimento do proprietário privado que dispõe de quinze dias para aceitar a proposta da entidade expropriante. Na falta de acordo, dispõe o artigo 38º e seguintes do Código das Expropriações, o valor da indeminização é fixado por arbitragem com recurso aos tribunais comuns. Da decisão arbitral sempre caberá recurso (com efeito meramente devolutivo) para o tribunal do lugar da situação dos bens ou da sua maior extensão.

(***interesse público***)

Como já referido, o *interesse público*, coletivo ou social, carece de declaração prévia[304] à apropriação, tal como definido pelo artigo 1º da Lei 56/2008 de 4 de setembro.

A declaração de utilidade pública deve ser devidamente fundamentada e obedecer aos demais requisitos fixados neste Código sendo da competência do ministro a cujo departamento compete a apreciação final do processo.

(***indemnização***)

A indemnização deve ser adequada e justa. O artigo 1310º do Código Civil, sob a epígrafe "*indemnizações",* dispõe que *havendo expropriação por utilidade pública ou particular, ou requisição de bens, é sempre devida a indemnização adequada ao proprietário e aos titulares dos outros direitos reais afetados*. Ou seja, a lei civil remete para os casos *fixados na lei*.

A indemnização, devida aos expropriados, deve ser apurada por avaliação efetuada com recurso a critérios concretos e reais; os percebidos como (com base no critério de) os valores de mercado. Isto é, os valores reais e não os ficcionados administrativa ou fiscalmente. Para tal deve ter-se em conta a aplicação supletiva do regime da avaliação do imóvel na dação em pagamento em sede fiscal, conforme previsto no artigo 201º n. 5 do Código de Procedimento e Processo Tributário.

A avaliação é efetuada pela autoridade tributária em procedimento previsto no artigo 23º e seguintes do Código das Expropriações.

A *ratio indemnizatória* não será a de compensar o benefício alcançado pela entidade expropriante, mas sim ressarcir o prejuízo do expropriado.

O critério de cálculo, do *quantum*, indemnizatório engloba (simultaneamente) o dano negativo e os lucros que o proprietário poderia alcançar com a venda da coisa. No entanto à determinação do valor dos bens expropriados são excluídas as mais valias que resultarem da própria declaração de utilidade pública, bem como as benfeitorias

---

[304] *Cf.*, artigo 13º do Código das Expropriações; "*A declaração de utilidade pública deve ser devidamente fundamentada e obedecer aos demais requisitos fixados neste Código* "; artigo 14º "*Salvo nos casos previstos no número seguinte, é da competência do ministro a cujo departamento compete a apreciação final do processo: a) A declaração de utilidade pública da expropriação dos bens imóveis e direitos a eles inerentes; b) A declaração de utilidade pública do resgate, não prevista nos respetivos contratos*".

voluptuárias e benfeitorias úteis, ulteriores à notificação da intenção de expropriar; ou as ("circunstâncias várias") decorrentes de quaisquer outras circunstâncias criadas com o propósito de aumentar o valor da indeminização. Ter-se-á também em conta a classificação dos solos.

(***o momento do pagamento***)

O pagamento deverá ser efetuado de imediato; apesar de poder ser fracionado, tal como se alcança daquelas expropriações que se *desenvolvem* consensualmente (atente-se ao teor do artigo 34º alíneas b. (e) c., do Código das Expropriações) a regra será a do pagamento imediato.

Tem vindo a ser determinado, Doutrinal e Jurisprudencialmente, que tal como decorre do artigo 62º número 2, da Constituição da República Portuguesa; "a *expropriação por utilidade pública só pode ser efetuada com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.* "

A interpretação literal deste preceito determina a regra do pronto e simultâneo pagamento, como condição de operância da expropriação. Tal interpretação decorre, também, da jurisprudência do Tribunal Constitucional. Atente-se ao sumário do Acórdão do Tribunal Constitucional, no processo número 263/98 de 5 de março;[305] "*por conseguinte deve a quantia ser (...) entregue ao expropriado pelo menos contemporaneamente ou imediatamente após a produção dos efeitos privativo e apropriativo, sendo, por isso, inconstitucionais as normas que estabeleçam, sem o acordo do expropriado, o pagamento (...) da quantia pecuniária em várias prestações durante um período mais ou menos longo, ainda que as prestações vençam juros*". Consagra-se, assim, *o princípio da indemnização pronta.*

(***indemnização***)

A justa indemnização afere-se nos critérios resultantes da aplicação do princípio de equivalência de valores. Reitera-se que; o critério de justo (justa indemnização) resulta do "conceito" geral, imposto, tanto pelas regras da boa-fé negocial, como do (critério) adotado pela administração fiscal para os casos de dação (artigo 201º n. 5 do Código de Procedimento e Processo Tributário) devendo resultar

[305] Disponível na internet; https://blook.pt/caselaw/PT/TC/468619 .

que a avaliação dos concretos bens deve ser efetuada pelo exatos valores praticados pelo mercado.

É certo que se trata de conceito subjetivo, mas, à mingua de outro, que fosse objetivo (não "navegássemos" em *foro administrativo*), sempre compreende algum critério e que possibilita, pelo menos, a contestação e sindicância do valor concretamente atribuído. Nas palavras de PACHECO DE AMORIM; [306] "*a justa indemnização deverá cobrir (...) o valor objetivo do direito patrimonial sacrificado, havendo lugar, como vimos a uma conversão de valores patrimoniais em que a indemnização terá que corresponder à reposição no património do titular, daquele direito, do valor objetivo dos bens requisitados ou expropriados, ou seja o seu valor real e efetivo e, deste modo, respeitar o princípio da equivalência de valores ".*

Regista-se o otimismo que preside ao antes referido conceito de *justa indemnização*, pois (na prática) as indemnizações conhecidas, aferidos pelas *práticas* passadas e o que sucede (reiterada e normalmente) permitem afirmar que o administrado *irá assistir* ao *degladío* entre os princípios da discricionariedade administrativa, *versus* princípio da equivalência dos valores. Sempre agravado (pela inversão do ónus da prova) pelo *princípio da presunção de legalidade* dos atos da administração pública.

(***"vias de fato" expropriativas***)

Lamentavelmente a expropriação ocorre, por vezes, sem sustentação legal; é o que se identifica com a expressão *vias de fato expropriativas*.

A definição do que deve corresponder ao conceito de atuação da administração em *vias de fato expropriativa*, alcança-se, entre outros, do texto do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2016 no processo número 6385/08.3TBALM.L2.SI;[307] " *A via de facto é aquela que se caracteriza não pela prática de um ato expropriativo a que faltam algum ou alguns requisitos legais de validade, mas por um ataque grosseiro à propriedade por meio de factos*

---

[306] Pacheco De Amorim, *Direito de Propriedade Privada e Garantia Constitucional*, Faculdade de Direito, (Boletim de ciências económicas-Homenagem ao professor Doutor António José Avelãs Nunes)) Universidade de Coimbra, 2014, p, 265; com referência aos Acórdãos do Tribunal Constitucional nº 52/92, de 05. 02. N.º 231/08 de 5 de março.

[307] Disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/B52DA932881B9D8A8025 7F4500 40D8B1.

materiais onde não se pode encontrar nada que corresponda ao conceito de expropriação ".

Contra este tipo de atuação, reiterando no antes referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça; [e] "*uma vez que a via de facto coloca a Administração Pública numa posição idêntica à do simples particular, ficando aquela privada da posição de supremacia em que se encontraria no ato expropriatório"*, dispõe, naturalmente, o proprietário privado, de todos os meios de defesa da posse, previstos no Código Civil e ainda dos meios de proteção jurisdicional, processual e administrativa.

Esta atuação (*vias de fato*) das entidades da administração pública não pode ser confundida com a expropriação. Nas hipóteses em que a administração pública tenha atuado dolosamente, ou com negligência grosseira e por prevalência do *princípio* (administrativo) *da intangibilidade da obra pública*, aplicável ao litígio em que a administração se apresenta desprovida do *ius imperii*, (por força do previsto no artigo 355º n. 2 do Código Civil), será cumulável ao pedido de restituição (próprio da ação de reivindicação) o pedido de indemnização pelos danos sofridos.

O antes referido respeita, convenhamos, as mais elementares regras da lógica e justiça.

Em sede de atuação administrativa, o referido respeito pelas mais elementares regras de raciocínio jurídico, não serão suficientes. É dizer, mesmo em algumas situações que, de forma clara, se nominam de *vias de fato expropriativas*, apesar disso, resultará a procedência da apropriação da propriedade privada e, em consequência, será efetiva a restrição à titularidade da propriedade privada; e tanto assim é que mesmo nestes casos e por via (em consequência) da atuação expropriativa *por vias de fato*, podem resultar inviabilizadas, de facto e de direito, as restituições ao titular do direito de propriedade do imóvel. Para tanto impõe-se a distinção: quando a administração pública atuou nos termos das antes referidas vias *de fato, mas* de boa-fé ou com culpa leve, (distinguindo-se) dos casos em que tenha atuado com negligência grosseira, ou com culpa grave (ou até de forma dolosa).

Advinha-se a interpretação casuística (o que se refere por se manifestar contrária ao garantismo próprio da regulação geral e abstrata) a mesma que se afasta da aplicação generalizada da lei e potencia a insegurança jurídica, já identificada como a "maior inimiga" da propriedade privada.

Já nas situações que se reconduzem ao conceito de atuação em *vias de fato expropriativa de boa-fé, ou com culpa leve*, por parte da administração pública, (como nos casos de declaração de nulidade da utilidade pública (por motivo não imputável á expropriante), nesses casos, atendendo à mesma Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, [308] improcederá o pedido de restituição do prédio ocupado. Compensando-se o interessado no valor expropriativo por força da aplicação do *princípio da intangibilidade da obra pública*, conjugado com o disposto no artigo 335º n. 2 do Código Civil.

Não será arriscado afirmar-se que a restrição ao direito de propriedade poderá resultar, inclusive, das denominadas "vias de fato" expropriativas. Isto é, naqueles casos em que a apropriação se concretiza em resultado de atuação negligente da administração pública.

O referido artigo 335º do Código Civil (conflito) estabelece os critérios de subsistência de direitos. E se os direitos forem desiguais, prevalece o que deva considerar-se superior. Desta forma, a nulidade da declaração de utilidade pública terá, tal como resulta do artigo 289º n. 1 do Código Civil, efeitos retroativos. Vingará, assim, *o princípio da intangibilidade da obra pública* (porque o expropriante agiu de boa-fé), prosseguindo a expropriação como se não se tivesse verificado qualquer irregularidade.

Percebe-se a verdadeira restrição à titularidade da propriedade, pois, em bom rigor, não será a LEI (afinal) em exclusivo que limita (lato sensu) a propriedade privada; tal como proclamado na fórmula negativa do artigo 1305º do Código Civil, também as apreciações casuísticas dos centros de decisão administrativa poderão "decretar" (ela própria) reitera-se, casuisticamente, se a administração atuou de boa-fé.

É por este motivo que se afirma que, na prática, também a administração pública, casuisticamente (a par da lei) poderá restringir o direito de propriedade ptivada.

---

[308] Acórdão Supremo Tribunal Justiça processo 100/10.0 TBVCD.P1. S1. de 19 de abril de 2015, disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/

(***reversão)***

De referir, por fim, que também a expropriação é reversível.

Atente-se ao artigo 5º do Código das Expropriações; quando os bens expropriados não são aplicados/usados ao fim que determinou a expropriação no prazo de dois anos e, ou, quando a coisa deixe de ser submetida a tal fim.

A reversão deixará de ser possível decorridos vinte anos após a data da adjudicação pública.

A reversão da apropriação pública (seja ela qual for – nacionalização ou expropriação) corresponde a imperativo constitucional; pois o direito de propriedade privada é um direito Doutrinal e Jurisprudencialmente análogo aos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias fundamentais). Nas palavras de RUI AMARAL;[309] "*como tal, beneficia do específico regime jurídico (…) entre o mais, no artigo 18.º da C.R.P. Alguns autores vão mesmo mais longe ao conceberem que o direito de propriedade tem origem no Direito Natural (na medida em que emana da própria personalidade do Homem)* [[310]]. *Acresce que, tanto o artigo 17.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como o artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (convenções que obrigam o Estado Português a nível internacional) assumem o direito de propriedade privada como um direito de natureza pessoal e, por força dos artigos 8.º, n.º 2, 16.º, n.os 1 e 2, e 18.º, n.º 1, da Constituição, que vigoram na ordem jurídica portuguesa, podendo ser invocados pelos cidadãos, independentemente da existência de normas de direito interno que os contemplem (…) Nesta linha, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 827/96, já referido, teve, desde logo, a importância de afirmar jurisprudencialmente algo que a doutrina portuguesa sempre defendeu, ou seja, que o direito de reversão é um corolário da garantia constitucional da propriedade privada. A doutrina portuguesa concebe,*

---

[309] Rui Amaral, *A reversão dos bens expropriados*, Revista CEDOUA – revista do centro de estudos, do direito e do urbanismo, e do ambiente, doutrina, 2004, n. 13, ano VII, pp, 120-121

[310] Com referência às modernas teorias racionalistas de Hegel, Ahrens e Miraglia que encontram *a ratio da propriedade* privada na liberdade individual. A razão de ser da propriedade será o homem e a sua própria personalidade, as circunstâncias do homem como ser independente carecem da propriedade privada que o liberta e responsabiliza enquanto ser autónomo e personalizado; Ahrens, na tradução de FRANCISCO MENDONÇA MELO; "*a liberdade é condição indispensável a todo o aperfeiçoamento individual e social do homem* (…) *a liberdade* (…) *deve ser hoje, mais do que nunca o ponto de partida de todas as doutrinas que aspiram ao governo intelectual e moral da sociedade*", Francisco Cândido de Mendonça Melo, *Curso de Direito Natural Ou De Filosofia Do Direito*, Tipografia Da Viúva Rodrigues, Coimbra, 1844, pp, 11-15.

de facto, o direito de reversão como corolário do direito de propriedade privada, (...) Assim, para Freitas do Amaral e Paulo Otero, o direito de reversão é um corolário da garantia constitucional da propriedade privada que decorre diretamente da especial tutela conferida a este direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Estes autores defendem, ainda, que este direito é um corolário do princípio da justiça subjacente ao Estado de Direito Democrático (artigos 1.º, 2.º e 266.º, n.º 2, da CRP), pois seria manifestamente injusto que o Estado viesse a obter uma vantagem patrimonial à custa do sacrifício individual".

6.4 - Distinção entre nacionalização e expropriação

Trata-se de distinguir as duas formas de restrição à propriedade privada. A distinção é ténue, desde logo porque o que as legitima é o poder puro do "Estado". No entanto percebem-se algumas distinções.

A nacionalização é determinada pelo poder político, apesar de poder ter por objeto também os bens imóveis, no geral estes serão apropriados enquanto imobilizado corpóreo das pessoas coletivas; irá incidir sobre as pessoas coletivas (conjunto de bens imóveis, móveis e direitos) conforme resulta do artigo 1º do Regime Jurídico De Apropriação Pública Por Via Da Nacionalização (aprovado pelo artigo 1º da Lei número 62 -A / 2008 de 11 de novembro); [e que dispõe que] "*podem ser objeto de apropriação pública, por via de nacionalização, no todo ou em parte, participações sociais de pessoas coletivas privadas, quando, por motivos excecionais e especialmente fundamentados, tal se revele necessário para salvaguardar o interesse público".*

Acresce que, a nacionalização transfere para o setor público as participações sociais (ou parte de elas) de empresas, que continuam a exercer as suas atividades privadas, ou não, mas sob a direção determinada pelo interesse público, um interesse estratégico social ou nacional. A expropriação, ao invés, afeta o imóvel incorporado na propriedade pública, aos fins públicos ou sociais próprios à mesma, neste último caso corporizando o desidrato e função social da propriedade pública. Recorda-se que função corresponde ao fim principal de uma qualquer coisa.

Outro traço diferenciador radica no procedimento. Se a nacionalização é, essencialmente, um *ato político*, (procedimentalmente determinado pelo Dec-Lei n.º 62 – A / 2008) um ato do Governo, isto é, exteriorizado por Decreto-Lei, já a expropriação corresponde a ato da administração pública, organicamente administrativo. A distinção resulta percebida na seguinte expressão, no caso da nacionalização o bem resulta apropriado diretamente pelo Estado; na requisição o bem é apropriado pela comunidade.

7. Limites ao direito de propriedade.

A propriedade privada nomina o conceito humano original de apreensão lícita, que "acompanha o homem" [311]desde que este se percebe como um ser racional e social. O homem organizado em comunidade determinou, ainda que inicialmente de forma empírica, o pacto social posteriormente denominado como propriedade.

Este *pacto* estratifica e define o homem nas relações com os outros, em sociedade

O gozo da coisa privada é, para além de individual, limitado. Sempre foi limitado; deve ser limitado.

Estas limitações decorrem do princípio do regular exercício dos direitos, da função económica do desfrute da coisa. A caraterização legal, prevista no artigo 1305º do Código Civil, desdobra-se em duas fórmulas que se complementam, ambas fundamentais:

i) A fórmula positiva; *o proprietário goza de modo pleno e exclusivo da sua coisa*;

ii) A fórmula negativa ou aberta; (tal gozo será limitado) *dentro dos limites da lei e com observância das limitações e restrições por ela impostas*.

As restrições ao direito de propriedade abordadas no capítulo imediatamente antecedente, em sede de exposição dos regimes da nacionalização e da expropriação.

[311] *Vide supra*, pp, 4-9.

É dos limites previstas da lei, por razões (essencialmente[312]) públicas, ou de direito privado que se versa neste segmento.

(***a taxatividade das limitações***)

Uma enumeração aberta. Os artigos 1306º, *ex. vi* 286º, 289º e 294º, todos do Código Civil, fulminam de nulidade as *limitações* ao direito de propriedade que não estejam expressamente previstas na lei. Os atos jurídicos constitutivos de direitos reais, *máxime por negócio jurídico*, não estão na disposição dos particulares, apesar do princípio da tipicidade dos direitos reais preverem uma enumeração típica aberta, com cedência à liberdade contratual, imposta por via do *princípio da autonomia da vontade*, conforme o disposto no artigo 405º do Código Civil, as partes podem determinar o concreto conteúdo dos direitos reais, razão pela qual se percebe a enumeração taxativa do artigo 1306º do Código Civil como uma enumeração aberta.

As cláusulas (negociais) adstritas aos contratos reais devem resultar da lei, mas os particulares podem introduzir outras cláusulas, tal como se verifica naquelas figuras com flexibilidade e elasticidade (tipos relativamente abertos) entre outras:

i) Na convenção de compensação do penhor (artigo 672º número 1 do Código Civil);

ii) Na convenção de liquidação do crédito hipotecário, no momento da alienação da coisa hipotecada (artigo 695º do Código Civil);

*iii)*Na extinção do direito do superficiário (1536º número 2 do Código Civil);

iv) Na convenção da cotitularidade da propriedade (artigo 1403º número 2 do Código Civil);

v) Na convenção de título constitutivo na propriedade horizontal (artigo 1418º número 2 do Código Civil);

vi) No usufruto e exercício das servidões (artigo 1564º do Código Civil)

(***critério de exposição***)

Os limites do proprietário (aos poderes de usar, fruir e dispor da coisa) podem ser (teoricamente considerados) e expostos segundo diversos critérios e de inúmeras *formas, a título meramente exemplificativo;*

---

[312] *Vide supra*, nota 286; p 98.

i) Na razão direta ao concreto poder limitado uso, fruição ou à disposição;

ii) Pela natureza do direito limitativo (público ou privado);

iii) Tendo em conta a *ratio* da regra limitativa (*razões de vizinhança, dever de abstenção, dever de suportar atuação de terceiros* ou *aquelas outras que exigem colaboração* ou *especial diligência*);

Opta-se por expor as *limitações* e restrições aos direitos dos proprietários em função da natureza das mesmas; em concreto, por razões de ordem *(essencialmente)* pública ou de direito privado; (no caso particular das limitações do proprietário da coisa sensível animal, considero que presidem à *ratio* de tais limitações razões de ordem *mista*).

(***ratio das limitações***)

As limitações ao direito de gozo da coisa subsumem-se, quando determinadas por razões coletivas, no interesse público (que deve ser formalmente declarado); já quando determinadas por razões de direito privado – vizinhança- em exclusivo, na função económica da concreta coisa.

Como já referido, para além das limitações de direito privado, relações de vizinhança, que protegem a saúde, a segurança, a reserva da vida privada, o direito de propriedade privada resulta, também, limitado por razões (essencialmente) de ordem pública, que tratarei a seguir (requisição; direito à construção licenciada; servidões administrativas; fracionamento; emparcelamento integral; atravessadouros).

7. 1 Limitações (*essencialmente*) por razões de ordem pública.

Pires de Lima [313] adverte que todas as limitações ao direito de propriedade, porque consignadas por norma, se sustentam no interesse público; afinal o fim da norma, de qualquer norma não pode deixar de se perceber no interesse público.

[313] *Vide supra*, nota 287.

7.1.1-Requisição

A *requisitiu* significa pedir; juridicamente, *pedir com autoridade*. Referimo-nos à requisição administrativa, diversa da requisição civil.

(***a requisição civil***)

A requisição civil, com regime previsto no Decreto-Lei 637/74 de 20 de novembro tem em vista "*assegurar o regular funcionamento de certas atividades fundamentais, cuja paralisação momentânea ou contínua acarretaria perturbações graves da vida social, económica e até política, em parte do território num setor da vida nacional, ou numa fração da população*". É certo que também a requisição Civil se poderá determinar como uma limitação à propriedade, naquele sentido lato, a que se refere Menezes Cordeiro, mas o nosso objeto é a requisição administrativa,

(***a requisição administrativa***)

A requisição administrativa está prevista no artigo 1309º do Código Civil e artigos 80º do Código das Expropriações.[314] Esta limitação ao direito de propriedade por razões de ordem pública, determina a privação temporária do direito de gozo de determinada coisa, mediante compensação, por período interpolado ou sucessivo não superior a doze meses (calculados nos termos do previsto no artigo 279º do Código Civil) nos casos de urgente necessidade e sempre que o interesse público[315] ou nacional[316]o justifique.

---

[314] Lei número 168/99, Diário da República n.º 219/1999, Série I - A de 1999-09-18.

[315] Não há outra forma de o dizer, será de interesse público o que a administração determinar que é. É certo que cumprida a simples formalidade de se pronunciar; e nesse sentido preencher o princípio da legalidade; será de interesse público o que a administração disser que é, tal como se conclui do Acórdão do STA de 27 fevereiro de 2008 (Processo n.º 0269/02); *« O conceito de interesse público (...)é um conceito jurídico indeterminado, pelo que a Administração, neste domínio, goza de liberdade de escolha do elemento ou elementos atendíveis para o preenchimento de tal tipo de conceito desde que essa escolha se faça com observância dos princípios que enformam a atividade administrativa, designadamente o da legalidade, da justiça, da igualdade, da proporcionalidade e do interesse público.(...) II* - ***Os Tribunais não se podem substituir às entidades públicas*** *na formulação de valorações que, por envolverem apenas juízos sobre a conveniência e oportunidade da sua atuação, se inscrevem no âmbito próprio da discricionariedade administrativa, e, por isso, a sua sindicância judicial tem de quedar-se pela análise do cumprimento das normas e dos princípios jurídicos que vinculam a Administração e por verificar se a decisão assentou em erro patente ou critério inadequado.";* disponível na internet, https://dre.pt/pesquisa/-/search/83406975/ details/ maximized .

[316] Neste dispositivo resulta que o interesse deve ser público e nacional, acredito que correspondem ao mesmo conceito, que tem tanto de fundamental como de discricionário.

Podem ser requisitados (apenas) bens imóveis e direitos a eles inerentes, incluindo os estabelecimentos comerciais, ou industriais, objeto de propriedade de entidades privadas; para realização de atividades de manifesto interesse público.

O uso dos imóveis requisitados está previsto no artigo 81º do Código das Expropriações. O uso por instituições públicas, ou particulares de interesse público, em suma, as instituições de utilidade pública administrativa ou as de mera utilidade pública[317], ainda as reconhecidas como de solidariedade social.

O ato administrativo de requisição depende de prévio reconhecimento da sua necessidade, que deve ser exteriorizado sob a forma de Resolução do Conselho de Ministros e determinada mediante Portaria[318] do membro do Governo responsável pela área, oficiosamente ou a solicitação das entidades que possam fruir do imóvel requisitado.

---

[317] Quanto à distinção entre pessoa coletiva de utilidade pública administrativa e pessoa coletiva de mera utilidade pública e instituições de solidariedade social, referir que pessoas coletivas de utilidade pública são pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos (associações, fundações ou certas cooperativas) que prossigam fins de interesse geral em cooperação com a Administração central ou local em termos de merecerem da parte da Administração a declaração de utilidade pública. Ainda que, conforme decorre do parecer do Ministério Público número 1/2018, in Diário da República n.º 62/2019, Série II de 2019-03-28, « *O estatuto de utilidade pública é apenas um dos modos de incentivar e promover fundações e associações sem fins lucrativos e cuja atividade seja de interesse geral ou convirja com o interesse geral, constituindo ónus, encargos e deveres sobre as pessoas coletivas reconhecidas como tal, e submetendo-as a um controlo regular, mas estabelece apenas relações de cooperação duradoura e devida, segundo critérios de complementaridade ou subsidiariedade* (…)*as instituições particulares de solidariedade social e as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa (…) correspondem a modelos de cooperação reforçada, inculcando o exercício obrigatório de incumbências determinadas, por vezes, de atribuições públicas típicas, e, em certos casos, conferindo poderes públicos de autoridade ou de domínio sobre coisas públicas (…) O estatuto de utilidade pública, consagrado no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de novembro, constitui o regime básico comum a várias instituições que podem cumular estatutos diferenciados quanto maior for a vinculação às tarefas públicas: desde as pessoas coletivas de (mera) utilidade pública, às pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, (…), passando pelas instituições particulares de solidariedade social. Por outras palavras, tal regime é o único aplicável às pessoas coletivas de utilidade pública em sentido estrito e revela-se subsidiário para as demais pessoas coletivas de utilidade pública (em sentido amplo) (…) Já não se aplica, pelo menos, sem mais, às designadas pessoas coletivas privadas de utilidade pública (em sentido amplíssimo) nem às organizações não-governamentais.*»

[318] Da portaria que determine a requisição deve constar o respetivo objeto, o início e o termo do uso, o montante mínimo, prazo e entidade responsável pelo pagamento da indemnização, bem como a indicação da entidade beneficiária da requisição,

A requisição deve, assim, ser aferida na verificação da urgência e do interesse público que a fundamenta, tendo por base os princípios da adequação[319], indispensabilidade e proporcionalidade.

Os princípios da adequação e proporcionalidade, previstos no artigo 7º do Código de Procedimento Administrativo, correspondem a princípios gerais que, apesar de fundamentais, são suscetíveis de constituir causa de pedir, ou defesa por impugnação (ou por exceção, em oposição ao ato administrativo de requisição de determinado imóvel); determinam-se como argumentário de aplicação geral, pois será na indispensabilidade da requisição que reside o argumento fundamental opositivo à declaração de interesse público à requisição do concreto imóvel.

Será o argumento que demonstre a dispensabilidade da requisição que determinará *o ganho de causa* na impugnação administrativa do ato que determinou a *portaria requisitiva*.

Não contem segredo que o sucesso da oposição depende da concreta prova de que o uso de determinado imóvel se constitui indispensável à prossecução do interesse público; e que tal desidrato se debate com e aferição casuística imbuída de enorme discricionariedade.

Do ponto de vista formal, o referido requisito (in)*dispensabilidade da requisição*, resulta da controvérsia própria da lide; desde logo porque se constitui em defesa por exceção, mas o principal obstáculo será a discricionariedade do "juízo" *à quo*.

(***indemnização***)

Como já referido (em regime semelhante ao da expropriação) a requisição de bens imóveis confere ao proprietário do bem requisitado o direito a receber uma justa indemnização. Esta *justa* indemnização não visa compensar o benefício alcançado pelo requisitante, mas sim ressarcir o prejuízo que o requisitado deve suportar pela requisição.

---

[319] O principio da proporcionalidade da administração pública está previsto no artigo 7º do Código de Procedimento Administrativo, o principio da adequação está previsto no número 1 do mesmo artigo 7º, que sob a epígrafe "**principio da proporcionalidade**" **dispõe que "*na prossecução do interesse público, a Administração Pública deve adotar os comportamentos adequados aos fins prosseguidos*** *e que as decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições na medida do necessário e em termos proporcionais aos objetivos a realizar".*

Neste particular importa referir que, ao que parece, a *justa* indeminização corresponderá (terá por referência) o cálculo de diversos danos que o requisitado sofra com a privação do seu direito de gozo sobre a coisa. Desde logo o dano que a administração pública causa ao particular, o dano real. Ao que acrescem os danos emergentes e os lucros cessantes, que se complementam.

Estes danos serão, todos, indemnizáveis nos termos do previsto no artigo 564º número 1 do Código Civil.

O Artigo 84º do Código das Expropriações define os concretos termos da *denominada* justa compensação e, o número 2, do referido dispositivo, dispõe que "*a justa indemnização não visa compensar o benefício alcançado pelo requisitante, mas ressarcir o prejuízo que para o requisitado advém da requisição*."

No que ao *quantum* indemnizatório diz respeito, importa ter presente que os fatores de cálculo devem levar em conta o período da requisição, o capital empregue para a construção e manutenção do imóvel requisitado, o seu normal rendimento, a sua depreciação pelo uso público, bem assim como o lucro médio que o particular deixou de receber em virtude da requisição. Assim, será o valor indemnizatório determinado como o correspondente ao conceito de justa compensação. Estes fatores de cálculo, da compensação *requisitiva*, encontram-se interligados e determinam-se na referência do valor de mercado de arrendamento daquele concreto imóvel; pois os valores de construção e manutenção, bem como a depreciação do imóvel, correspondem ao *cômputo* do período da requisição (que não pode ultrapassar um ano)

O primeiro fator de cálculo será a renda de um ano (período máximo da requisição) percebendo-se que o fator de cálculo "lucro médio que o particular deixou de receber" é cumulativo e enquadrável na definição *de* lucros cessantes quando a coisa requisitada seja um estabelecimento "lucrativo"; comercial, exploração industrial ou agrícola, ou semelhante. (Qualquer uma que apresente fim lucrativo.)

Nestes casos, - imóvel adstrito a fim lucrativo- (ao que parece) a letra da lei cumula o direito do privado em ser ressarcido pela "tomada" em uso do imóvel acrescido dos lucros (médios) cessantes.

A justa compensação deve assim ser determinada, preferencialmente, por acordo com o proprietário e, na falta de acordo, por determinação do Ministro

responsável pelo setor[320] e deve ser efetivamente paga nos sessenta dias após a publicação do ato de requisição.

(***sindicância***)

Também do ato de requisição cabe recurso[321] para os tribunais administrativos, nos termos da lei.

(***ato constitutivo***)

A requisição corresponde a ato administrativo [322] (que depende de prévio reconhecimento da sua necessidade por resolução do Conselho de Ministros, determinada mediante portaria) sendo tal ato executável pelos próprios meios da administração, pois corresponde a decisão com caráter impositivo (dispondo esta da disponibilidade operacional material necessária para concretizar; o que foi por ela, administração, assente, nos termos e limites do princípio da legalidade administrativa, *máxime* os procedimentos de apropriação coercitiva). [323] A definição de ato administrativo decorre do artigo 148º do Código de Procedimento Administrativo[324], estatuindo que consiste nas decisões que, no exercício de poderes jurídico-

---

[320] Nos termos do número 4 do artigo 84º do Código das Expropriações; "*se o proprietário não se conformar com o montante fixado nos termos da alínea anterior, pelos tribunais comuns, nos termos previstos para o recurso da decisão arbitral em processo de expropriação litigiosa, salvo no que se refere à segunda avaliação, que é sempre possível"*

[321] A **sindicância** própria da violação de lei substancial ou processual administrativa, admissível nos termos do n.º 1 do artigo 150.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, das decisões proferidas em segunda instância por um Tribunal Central Administrativo e, excecionalmente em recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo.

[322] A doutrina **tipifica os atos administrativos** como constitutivos, declarativos, de conteúdo negativo, impositivos e tácitos; o ato administrativo de requisição corresponderá a ato administrativo constitutivo, desde logo porque produz efeitos inovadores direta e integralmente imputáveis ao administrado; antes do ato administrativo o proprietário encontrava-se numa posição jurídica diferente daquela que *detém* após a sua promulgação por Portaria do Conselho de Ministros, e que determina a modificação como resultado direto e imputável ao conteúdo do próprio (ato administrativo); a administração, com o ato que tem o propósito de modificar o estado material do direito, *in casu*, decretando a requisição de determinado imóvel.

[323] O legislador deve definir de modo exaustivo os pressupostos de que dependem a possibilidade da administração praticar os concretos atos jurídicos e realizar operações materiais de execução coativa das determinações contidas nos mesmos; em ato administrativo de executoriedade e, em consequência, em respeito pela lei. Afastando-se da obediência exclusiva aos critérios de eficácia (do ato administrativo).

[324] O 148º do Código de Procedimento Administrativo dispõe que; "*Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*."

administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta. A requisição corresponde a ato decisório (e não apenas a um juízo de valor não vinculativo) e só por tal pode ser qualificado como ato administrativo; com eficácia externa, com as características de ato materialmente definitivo, praticado por qualquer entidade administrativa, (artigo 2º do Código de procedimento administrativo) que decida uma situação individual e concreta do particular ou administrado.

A forma de execução (coerciva) dos atos administrativos, está prevista nos artigos 180º e 181º do Código de Procedimento Administrativo.

Estes dispositivos preveem a posse administrativa nos casos de incumprimento da obrigação de entrega da coisa e a possibilidade da execução sub-rogatória por terceiro. Refere-se ainda que os atos administrativos beneficiam da presunção de legalidade.

7.1.2 O *ius aedificandi* *(faculdade de construção licenciada*.)

A doutrina discute se o *direito* de construir corresponde a faculdade jurídica, concessão jurídico-pública, ou direito fundamental. [325] Não é, no entanto, objeto da presente dissertar sobre esta temática.

Cumpre apenas referir que tal limitação aos poderes dos proprietários é objetiva e determina-se (essencialmente) por razões de ordem pública; e que esta limitação deve ser analisada da única forma que importa à temática do direito de propriedade, do ponto de vista prático.

A faculdade de construção licenciada corresponde, assim, a constrangimento aos concretos poderes de disposição; em concreto corresponde a uma forma de limitação às faculdades de transformação da coisa.

Por via destas limitações, o proprietário que pretenda construir no seu prédio, deve licenciar a sua construção.

[325] Luís Menezes Leitão, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p, 173.

(***licença***)

A limitação à faculdade de construção licenciada resulta da lei.[326] O Decreto-Lei 555/99, de 16 de dezembro, estabelece o regime jurídico da urbanização e da edificação; faz depender as denominadas *operações urbanísticas*, (exaustivamente referidas em 4º) de licença administrativa.

A licença administrativa corresponde a um ato administrativo permissivo.

Temos presente a distinção entre direito, poder e faculdades do proprietário; e, com base na mesma, poderá afirmar que o proprietário detém, originariamente, o direito de construir. No entanto, por razões (essencialmente) de ordem pública, o exercício, o poder de disposição manifestado pela faculdade de transformação, está condicionado a uma apreciação prévia. mas a licença administrativa não deve ser confundida com qualquer autorização, em sentido *stricto*, pois a autorização permite a prática de um ato proibido e a licença autoriza a prática de um ato permitido.

Também nos casos das operações urbanísticas referidas no número 2 do artigo 4º do RJUE, a licença (apenas) declarará a conformidade da mesma com os planos municipais e demais legislação aplicável.

É certo que também a autorização está prevista no regime jurídico da edificação e urbanização, mas não para a construção; será autorizada, ou não, a utilização ou alteração de utilização de edifícios ou das suas frações, conforme se prevê no artigo 4º, número 5 do Regime Jurídico Da Edificação e Urbanização (Decreto-Lei 555/99 de 16.12 99 com as diversas atualizações).

A distinção entre licença e autorização é fundamental, importa a questões de natureza e matriz, afinal o direito de propriedade é o direito real máximo e tem consagração Constitucional, não fazendo sentido que os poderes e faculdades, respetivas, se condicionasse, na prática, a qualquer "deliberação" administrativa.

(***a expressão ius aedificandi***)

É neste sentido que se e afirma que a expressão de *ius aedificandi* não corresponde a expressão exata; pois todo o proprietário tem o originário *direito* de

[326] Em concreto do Decreto-Lei 555/99 de 16 de dezembro, (com as alterações de 2 de janeiro de 2001, 3 de março de 2008, 28 junho de 2010, 7 de janeiro 2015, 19 de agosto de 2017 e 20 de janeiro de 2019).

construir (apenas) carecendo de licença para o fazer de forma consentânea com os regulamentos administrativos.

O antes referido pode parecer redundante, no entanto a expressão *ius aedificandi*, como sinónimo de *direito de construir*, é questionável; antes de mais porque *ius* e *derectum*[327] não são sinónimos. *Derectum* agrega (em si) a *vis* ao conceito de conveniência e esta, a conveniência, percebe-se do desiderato último da solução justa.

A conclusão é simples e alcança-se da literalidade das palavras, estará, pois, em causa saber se será, ou não, justo condicionar o direito de construir ao titular do direito de propriedade do respetivo prédio (?). A condicionante percebe-se na *licença* de construção, o *direito* nos poderes próprios do titular do gozo. A assinalada redundância descarta-se no simples fato de não dever confundir-se o direito de construir com o dever de previamente licenciar a obra.

Creio que tais realidades são distintas e, por tal, melhor se percebem com a expressão "direito ao licenciamento de obra" ou "direito de construir obra licenciada" em detrimento de direito de construir.

---

[327] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*O direito (ius) é, fundamentalmente, uma (vis) força; e é curioso notar que, de início e durante um certo tempo ius e vis se escreviam e pronunciavam da mesma forma* (…) *O direito é, pois, uma força, autoritariamente ditada (imposta ou declarada) e socialmente aceite*";" a *palavra ius, etimologicamente, deve ser primitiva; mas tem uma relação ôntica, proximamente com Iustitia, remotamente com Iupiter (Iovis). Daí que o direito (primeiro, youes; depois, ius) tem uma relação (de procedência) com a divindade ou com as divindades. (...) Ius (direito) é tudo aquilo que tem especiais atinências com o iustum (o justo, o exato, o devido). Pode ser tomado em vários sentidos. Há autores que falam da enumeração de 26 acepções. Normalmente, apenas se referem duas; em sentido objetivo e em sentido subjetivo. Entendemos, porém, que devem nomear-se, pelo menos, 6 aceções de ius (direito); 1ª em sentido normativo, «ius» (direito) é a norma jurídica ou o conjunto de normas jurídicas ou o ordenamento jurídico* (…) *2ª em sentido subjetivo, «ius» (direito) é a situação jurídica, o poder ou faculdade moral que alguém (indivíduo ou entidade) tem de exigir, fazer, possuir ou simplesmente reter uma coisa. É neste sentido que se diz, v.g. que o vendedor de um objeto tem direito ao preço e o comprador tem direito a coisa vendida* (…) *3ª em sentido objetivo «ius» (direito) significa o iustum, o devido; a própria coisa justa; a realidade justa* (…), *pois, o objeto, o conteúdo o âmbito do direito normativo, mas sobretudo do direito subjetivo. Era aquilo que os juristas romanos geralmente designavam por natura rerum (natureza das coisas)* (…) *(aquilo que é proibido pela natureza das coisas, não pode ser confirmado por nenhuma lei) D.50,17,188, 1.* (…) *4º numa quarta aceção (o local), «ius» tem o significado de lugar onde se administra a justiça; grosso modo, o tribunal. É com este alcance que se diz em linguagem vulgar, v.g: quem não cumpre, deve ser chamado ao direito (= ao tribunal)* (…) *5ª numa quinta aceção, «ius» (direito) significa «o saber jurídico». Tem esta aceção, quando se diz, v.g: António estuda direito (= saber jurídico* (…) (…) *6º finalmente,* [e com particular interesse ao presente] *numa sexta a seção,* ***«ius» (direito) significa o património*** *(quer ativo quer passivo) de uma pessoa v.g em D. 50,17, 62:* ". Sebastião Da Cruz, *Direito Romano, ius Romanum*, I, introdução, Fontes, 4ª edição, Revista e Atualizada, Coimbra 1984, pp,11-12; 20-24.

Tanto assim é que o *direito à construção* (licenciada ou não) decorre e radica nos originários poderes jurídicos de disposição, em concreto na faculdade de transformação da coisa. Se assim não fosse a construção não licenciada não seria suscetível de licenciamento (posterior); esta possibilidade legal, em si, subalterniza o ato de licenciamento em função do direito de construir.

Acresce que as submissões aos referidos poderes de transformação agigantam-se, de forma evidente, comprimindo a figura da licença administrativa que, por definição, seria prévio. Tal realidade faz-nos perceber que o licenciamento administrativo cede perante o direito de gozo do proprietário, que não resulta condicionado a licença alguma.

Dir-se-á que a construção corresponde a uma faculdade, é certo! mas decorre de um poder que por sua vez se sustenta num direito. Ora se *derectum* fosse sinónimo de *ius*, a própria *vis* deste último impõe a falta de rigor da expressão *ius aedificandi*, porque *aquilo que é proibido pela natureza das coisas, não pode ser confirmado por nenhuma lei;* e a natureza das coisas faz-nos perceber que o proprietário poderá, de facto, construir, com licença ou não, (e que poderá licenciar a obra *à posteriori).*

Por outro lado, sabemos que a força que decorre do *ius* (*vis*) deverá ser mitigada pela conveniência da edificação, razão pela qual se reitera na falta de exatidão da referida expressão. *ius aedificandi*, preferindo, o *direito à construção licenciada*.

A questão a que me referi não é de somenos, aliás SEBASTIÃO DA CRUZ já nos ensinou sobre o sentido objetivo da expressão *ius* (em concreto que pode também ser percebido); [328] *"em sentido objetivo «ius» (direito) significa o iustum, o devido; a própria coisa justa; A realidade justa* (…), *o objeto, o conteúdo o âmbito do direito normativo, mas sobretudo do direito subjetivo. Era aquilo que os juristas romanos geralmente designavam por natura rerum (natureza das coisas)* (…) *(aquilo que é proibido pela natureza das coisas, não pode ser confirmado por nenhuma lei)".*

Acredito que não perceber a referida distinção (direito de construir e direito à construção licenciada) corresponderá à negação da existência de construção não licenciada e da faculdade legal da sua regularização ou licenciamento administrativo posterior.

---

[328] Sebastião Da Cruz, *Direito Romano,* Ius Romanum, I, Introdução, Fontes, *Cit.*, pp, 11-12.

Por fim, mas não menos importante, em abono a tudo o antes referido assinalar que tais licenças são de deferimento vinculado.

Os poderes de transformação, corporizados na licença à construção, são de deferimento tácito, como resulta da comunicação prévia das obras (previstas no artigo 4º número 4, alíneas c, d, e, do RJCE); tal deferimento não confere à administração qualquer margem discricionária para a decisão; o legislador definiu os critérios de licenciamento de forma expressa, exaustiva e taxativa (negando qualquer discricionariedade à administração local na apreciação de tais pedidos.)

Em abstrato, o proprietário tem a faculdade de edificar, esta decorre dos poderes de disposição próprios do direito de gozo máximo que titule, a propriedade.

A limitação que encontra, por razões de interesse (essencialmente) públicos será do direito de construção licenciada.

(***direito subjetivo público***)

Tudo o antes referido tem como consequência que o direito à construção não pode ser entendido como um direito subjetivo público. Neste sentido e nas palavras de MENEZES LEITÃO; [329] "*a melhor posição parece ser, porém, a que considera ius aedificandi como fazendo parte do direito de propriedade e do direito de superfície, conforme resulta claramente da definição legal destes direitos dos proprietários (art.º 1305º e 1527º)(...)o fato do código das expropriações admitir indemnização de solo apto para construção (...) art.º 25º n. 2 a) e b) (...) sem que resulte de instrumento de gestão territorial (...) demonstra claramente que o ius aedificandi é um atributo natural desses direitos. Esta posição veio aliás a ser confirmada na nova lei dos solos (lei 31/2014 de 31 de maio), cujo art.º 4º nº 1, garante a propriedade privada do solo (...) estabelece-se por isso que "a imposição de restrições ao direito de propriedade privada e aos demais direitos relativos ao solo está sujeita ao pagamento da justa indemnização, nos termos e de acordo com o previsto na lei" (art.º 4º, nº 3, LS). Reconhece-se, consequentemente, aos proprietários do solo urbano os direitos de realizar obras de urbanizar e de edificar, nos termos do art.º 13º, nº 2, b) e c) LS, tendo os planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal apenas uma função de conformação desse direito, através da definição de áreas de construção ou, na impossibilidade dessa definição,*

[329] Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p, 176.

pela aplicação de parâmetros e índices quantitativos e qualitativos, de aproveitamento ou de edificabilidade, (art.º 20º LS) “.

(***faculdade de construção licenciada***)

O proprietário tem essa faculdade, para tal deve licenciar a sua obra.

Na falta de licenciamento a obra pode ser embargada ou, na desconformidade com aqueles critérios taxativos e gerais, pode resultar demolida (destruída); por outro lado, como já referido, a edificação pode resultar licenciada à *posteriori*[330].

Resulta da lei, do artigo 106º do Decreto-Lei 555/99, de 16 de dezembro (com as respetivas atualizações), que a construção pode ser embargada, pode até ser demolida. No entanto, o proprietário pode sindicar a decisão da administração com base, precisamente, no seu direito de construir de acordo com as exigências administrativas, ainda que não licenciada previamente.

Essa sindicância terá uma tripa sustentabilidade jurídica, *a saber*:

i) A faculdade de construção decorrente do próprio poder de disposição, (por parte do proprietário);

ii) A adequação da construção às normas exigidas pela legislação administrativa; a localização da construção em local permitido pelo PDM; e o cumprimento de todas as regras de segurança;

iii) Para além dos inúmeros argumentos economicistas e sociais de aproveitamento da construção edificada sem licença prévia.

(***ratio***)

A defesa do ordenamento do território e os seus corolários, correspondem aos limites de caráter público, em concreto os limites aos poderes de disposição do proprietário, um *non facere*, em cedência ao ordenamento das construções, por razões de ordem coletiva. Os poderes de construção, quando exercidos de forma descontrolada, implicariam um inaceitável abuso do direito por parte do proprietário

[330] Só os atos lícitos são suscetíveis de ser licenciados; se assim não fosse não seria possível a regularização em licenciamento, mesmo que tais atos fossem praticados sem a mesma (licença), conforme resulta do artigo 106º número 2 do Decreto-Lei 555/99 de 16 de dezembro. Tão pouco impenderia sobre a administração “licenciadora”, a **obrigação de indemnizar** no caso de demolição, entre outros, nos termos do artigo 4º, número 3 da lei 31/2014, de 30 de maio, artigos 100º-A números 4, alínea c. 8 e 9, e 101º, ambos do Decreto-Lei 555/99 de 16 de dezembro.

privado. Em concreto da função económica da coisa; desrespeitando, também, os limites impostos pelos bons usos sociais e costumes comunitários, que impõem a construção segura e ordenada.

O caráter público destas limitações resulta da consagração de tais interesses, também como bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Atente-se ao previsto no artigo 40º número 1 do Código Penal, ainda aos artigos 98º a 100º do Decreto-Lei 555/99 de 16 de dezembro, tendo por referência os artigos 277º e 278º-A do Código Penal.

7.1.3 Servidões administrativas.

As servidões administrativas mais não são que limitações parciais ao disfrute da coisa privada, em proveito da utilidade pública.

Tal como as servidões prediais de direito civil[331], correspondem a ónus impostos sobre determinado imóvel.

As servidões de direito privado são classificadas, por razões que não importam ao presente, como direitos reais menores de gozo e, por tal, não podem ser consideradas como limitações autónomas ao direito de propriedade.

As servidões administrativas sim, correspondem a limitações ao direito de propriedade privada e não direitos reais menores.

Por via de regra, a propriedade privada resultará limitada, no que tange aos poderes de fruição do imóvel, mas também poderão resultar atingidos os restantes poderes; de disposição e fruição. As situações extremas são as que resultam das limitações do proprietário de prédio rustico contiguo a uma auto estrada, ou a um aeroporto, pois ser-lhe-ão impostos inúmeras limitações, por via das servidões administrativas,[332]

---

[331] O culto dos túmulos, de origem ancestral, por razões obvias de crença religiosa, conhece-se como prática regular muito anterior à fundação da cidade de Roma, na época arcaico nacionalista. Este culto, por todos percebido como legitimo (uma adenda ao pacto social propriedade) constituiu-se na fonte a diversos institutos modernos; entre eles a compropriedade e as servidões prediais. O acesso aos túmulos manteve-se, por todos percebida como legitima; estará na base daqueles direitos que se percebem (também na atualidade) como a servidão predial. A servidão predial corresponde a verdadeiro ónus do prédio que é hoje definida no artigo 1543º do Código Civil como um direito real sobre outro imóvel

[332] Limitações severas como, por exemplo, a impossibilidade de construção em fachas adjacentes às autoestradas; a impossibilidade de instalação de antenas; a imposição de distanciamentos

(***natureza***)

As servidões, nos termos do previsto no artigo 1543º do Código Civil, correspondem ao *encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio, pertencente a dono diferente: diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia*, estas, as servidões civis, serão voluntárias ou legais.

Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [333] [será] "*proveitoso aproximar* [o regime legal] *da servidão legal* (…) d*a servidão administrativa*".

Ora, se a constituição das servidões administrativas sempre exigisse a prática de um ato da administração pública, assim seria, seriam sempre legais e percebia-se a referida conveniência. Como sabemos, nem sempre assim será. Razão pela qual opta-se por distinguir as servidões prediais legais das servidões administrativas, que por não se enquadrarem no conceito de direito real[334] de gozo, correspondem a verdadeiras limitações ao direito de propriedade privada.

A constituição das servidões administrativas carece de prévia declaração de utilidade pública e tal como resulta do artigo 8º do Código das Expropriações, correspondem a limitações legais que impõem o uso da coisa por terceiros, sujeitas a indemnização compensatória.

Tratam-se, assim, de servidões em proveito do domínio público. [335]

---

diversos; a proibição de inúmeros usos comuns, mesmo de emissões licitas de fumos; proibição de construção em altura; enfim, um infindável número de limitações.

[333] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Reais*, Coimbra Editora, 4ª Edição, 1987 p, 253.

[334] O contrato social, a que alude Rousseau, não deve ser confundido com o *pacto social propriedade*. O pacto social corresponde ao acordo inicial e originariamente tácito, que surgiu composto e efetivo nos tempos pré escrita (pré-história) e que nos foi "mostrado" nos primeiros registos escritos (antiguidade) com origem na "noite dos tempos", naqueles períodos históricos em que o homem apenas persentiu a necessidade de respeitar as coisas dos demais como única forma de que as suas próprias coisas fossem respeitadas pelos outros; Um acordo que se sustentou na compreensão do valor da segurança jurídica e que resultou imposto pelas conceções religiosas vigentes já nas épocas pré históricas e da antiguidade, com primeiro registo (conhecido) no direito do antigo Egito, em concreto no *papiro de ani – vide supra* pp 5-6;9:13-15; a propriedade pública (os bens dominiais) não se legitimam na relação jurídica, no *derectum*, mas sim nos poderes de império, na força do Estado, na *vis - vide supra* nota 327.

[335] O artigo 84º da Constituição da República Portuguesa dispõe estarem sujeitos à propriedade (dominio) pública as águas territoriais e seus leitos, os fundos marinhos, lagos, lagoas e cursos de águas navegáveis ou flutuáveis, respetivos leitos, as camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário, ou superficiário, os jazigos minerais, nascentes de água mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas do subsolo, com exceção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção, estradas e linhas férreas nacionais, e outros, expressamente adstritos ao domínio público.

A declaração de utilidade pública constitui-se como causa e limite à servidão.

As limitações e os ónus impostos pelas servidões administrativas devem respeitar o princípio da proporcionalidade. Além de poder ser constituída por ato legislativo, as servidões administrativas podem também ser constituídas por contrato. Por este a administração pública[336] outorga com o privado, contra o respetivo pagamento, (em tudo idêntico ao previsto no artigo 8º do Código das expropriações) a obrigação de suportar o ónus específico, limitativo ao direito de gozo do prédio.

(***grupos***)

As servidões administrativas poderão ser enquadradas em cinco grupos fundamentais, *a saber, as que se impõem (por interesse público):*

i) Referente aos recursos naturais[337];

ii) Ao património edificado[338];

---

[336] O **conceito de administração pública** pode ser entendido (pelo menos) de duas formas (atente à própria definição da DGAEP); "*Entendida em duplo sentido: sentido **orgânico** e sentido **material**. No sentido orgânico, a administração pública é o sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado e de outras entidades públicas que visam a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas; no sentido material, a administração pública é a própria atividade desenvolvida por aqueles órgãos, serviços e agentes., sentido orgânico, é possível distinguir na Administração Pública três grandes grupos de entidade, a administração direta do Estado, regulada pela Lei n.º 4/2004 de 15 de Janeiro, na versão atual, a administração indireta do Estado, regulada pela Lei n.º 3/2004 de 15 de Janeiro, na versão atual, e a administração Autónoma*», fonte, DGAEP, Fevereiro de 2018, disponível na internet; https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=a5de6f93-bfb3- .

[337] **Hídrico:** (domínio público hídrico - artigo 10º da Lei nº 54/2005 de 15 de novembro e artigo 4º da Lei n. 58/2005 de 29 de dezembro-; albufeiras de águas públicas - art.1º e 3º Decreto-Lei 107/2009 de 15 de maio - ; captações de águas subterrâneas para abastecimento público – Decreto-Lei n. 382/99 de 22 e setembro -; recursos geológico (águas de nascente – Decreto-Lei 90/90 16 março e 84/90 de 16 de março -; águas minerais naturais - Lei 90/90 16 de março e 86/90 de 16 de março -, pedreiras – Decreto-Lei 90/90 de 16 de março e Decreto-Lei 270/2001 de 6 de outubro -) Recursos agrícolas e florestais (reserva agrícola nacional – Decreto-Lei 73/2009 de 31 de março -; Obras de aproveitamento hidroagrícola – Decreto-Lei 86/2002 de 6 de abril -; Oliveiras - artigo 1º Decreto-Lei 120/86 de 28 de maio -; Sobreiro e azinheira – Decreto-Lei 155/2004 de 30 de junho -; Azevinho – Decreto-Lei 423/89 de 4 de dezembro-; Regime florestal - Decreto de 24 de dezembro de 1901 e Decreto de 11 de julho de 1905 -; Povoamentos florestais percorridos por incêndios - artigo 3º do Decreto-Lei 124/2006 de 28 de junho-; Árvores e arvoredos de interesse público – Decreto-Lei 28.468 de 18 de novembro de 1938-; Recursos ecológico (reserva ecológica nacional – Decreto-Lei 166/2008 de 22 de agosto-; Áreas protegidas – Decreto-Lei 142/2008 de 24 de julho; Rede natura 2000 – Decreto- Lei 140/99 de 24 de abril-)

[338] **Património edificado**: Imóveis classificados, (edifícios públicos e outras construções de interesse público – Decreto-Lei 40.388 de 21 novembro 1955- com as respetivas atualizações).

iii) Ao equipamento público[339];

iv) Às infraestruturas[340];

v) As decorrentes dos perigos próprios de atividades perigosas[341].

(***constituição***)

As servidões administrativas são, em geral, constituídas por ato administrativo.

A Lei 168/99, de 18 de setembro, no seu artigo 8º número 1, dispõe que podem constituir-se sobre imóveis as servidões necessárias à realização de fins de interesse público (o número 3 remete para o procedimento da expropriação).

Podem (as servidões administrativas) também decorrer da *lei*, que simplesmente as declare, (sindicáveis judicialmente nos mesmos termos da expropriação).

As servidões administrativas podem constituir-se também por usucapião, nos termos gerais. No entanto, no *iter* aquisitivo deve atender-se à especificidade do concreto *animus possidendi* da administração, que deve corporizar uma concreta e especifica intenção de afetação pública e, cumulativamente, destinar a coisa, em exclusivo, ao fim previamente declarado como de utilidade pública.

Este regime é muito próximo ao regime jurídico dos atravessadouros, previsto no artigo 1384º e 1392º do Código Civil, que trataremos adiante.[342]

---

[339] **Equipamento público**: edifícios escolares – Decreto-Lei 37575 de 8 outubro de 1949; estabelecimentos prisionais e tutelares de menores – Decreto-Lei 265/71 de 18 de junho-; instalações aduaneiras – Decreto-Lei 46.311 de 27 abril -, instalações de defesa nacional - Lei 2.078 de 11 julho)

[340] **Infraestruturas**: abastecimento de águas – Decreto-Lei 34.021 de 11 de novembro e Lei 168/99 de 18 de setembro-; Drenagem de águas residuais – Decreto-Lei 34.021 de 11 de novembro e lei 168/99 de 18 de setembro-; Rede elétrica – Decreto-Lei 29/2006 de 15 de fevereiro; Decreto-Lei 172/2006 de 23 de agosto-; Gasodutos e oleoduto – Decreto-Lei 374/89 de 25 de outubro-, com as respetivas alterações; Decreto-Lei 232/90 de 16 de julho com as respetivas alterações; Decreto-Lei 11/94 de 13 de janeiro;, Rede rodoviária nacional e regional - Decreto Lei 222/98 de 17 de julho- com as respetivas alterações; Decreto-Lei 182/2003; Lei nº 2.110 de 10 de agosto de 1961 com as respetivas atualizações; Rede ferroviária – Decreto-Lei 276/2003 de 4 de novembro; Aeroportos e aeródromos – Decreto-Lei 45987 de 22 de outubro de 1964 e subsidiariamente o regime das Servidões militares estabelecido na Lei nº 2078 de 11 de julho de 1955 e no Decreto-Lei 45986 de 22 de outubro de 1964 -; Telecomunicações – Decreto-Lei 597/73 de 7 de novembro e Decreto-Lei 215/87-; faróis e outros sinais marítimos; - Decreto-Lei 594/73 de 7 de novembro-; Marcos geodésicos – Decreto-Lei 29/2006 de 15 de fevereiro-; Decreto-Lei 143/82 de 26 de abril.

[341] **Atividades perigosas**: estabelecimentos com produtos explosivos e outros com substâncias perigosas – Decreto-Lei 139/2002 de 17 de maio; Decreto-Lei 87/2005 de 23 de maio; Decreto-Lei 376/84 de 30 de novembro; Decreto-Lei 41- A/2010.

[342] *Vide infra*, pp, 147-152.

(***indeminização***)

Quanto à indemnização devida pela constituição da servidão administrativa; e conforme o artigo 33º, número 1, da Lei 31/2014 de 30 de maio, a *Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e do urbanismo*, as servidões administrativas serão sempre necessárias e terão por objeto os concretos imóveis privados identificados como indispensáveis à realização do interesse coletivo e púbico. Tal oneração administrativa dará lugar a indemnização, porque sempre causará dano e o critério conforma-se nos concretos casos em que:

i) Se inviabilize a utilização que vinha sendo dada ao bem (considerado globalmente);

ii) Se inviabilize, em abstrato, qualquer utilização, ou valência natural e própria do bem;

iii) Ou porque, simplesmente, diminuem o valor económico do bem.

(***alteração e extinção***)

Por outro lado, a servidão administrativa pode ser alterada, ou até extinta. Seja por iniciativa da administração pública, logo que a mesma se torne desnecessária (porque será possível obter o efeito prático da mesma sem necessidade da servidão); seja por iniciativa do privado.

Se a alteração for solicitada pelo particular, o processo é em tudo idêntico à alteração de servidão predial civil, conforme o previsto no artigo 1568º do Código Civil (o particular deve demonstrar que a servidão alternativa proposta serve, igualmente, o interesse público, mas com menor sacrifício para o prédio serviente).

Já a extinção da servidão administrativa, abstratamente considerada, determina-se pelo fim da utilidade pública conjugada com a revogação da lei, ou do ato administrativo constitutivo, ou do contrato que a determinou. O mesmo se passa com a servidão administrativa constituída por usucapião.

Comprovadamente findo o benefício público da servidão usucapida, esta extingue-se nos termos gerais (uma vez que o aproveitamento e utilidade da mesma se excutiu, apesar da imprescritibilidade da utilidade dominante. O que releva é que deixe de se verificar o interesse público).

(***alteração de natureza***)

Uma referência final (com intuito único de assinalar) às crescentes situações práticas das servidões administrativas que, apesar de constituídas por inegável utilidade e proveito públicos, se constatam explorados (comercialmente) por entidades particulares, fruto de privatizações e de concessões de direito público (neste último caso ficcionando-se o domino público)

Refiro-me, entre outros, aos casos das concessões *de ramal elétrico* de alta e média tensão. Se por um lado é inegável o interesse público na distribuição elétrica, por outro verifica-se que a mesma é administrada pela "REN", agora totalmente privada e que beneficia de *milhares* de servidões administrativas de *implantação de estrutura*.

Na prática continua a verificar-se o interesse público, mas a servidão será predial e particular e não administrativa.

Com exceção das eventuais aquisições de direitos por usucapião (acessão de posses), creio que os proprietários privados terão causa de pedir *à lide*, em via da compensação dos encargos prediais, quanto mais não seja com recurso ao regime do enriquecimento sem causa.

Creio que o objeto desta análise abarca as *"decretadas"* que se avizinham, como a hipótese de privatizar a distribuição das águas (e outras da mesma natureza).

7.1.4 O fracionamento.

O Código Civil (artigos 1376º a 1381º) conjugado com a Lei 111/2015, de 27 de agosto, (artigos 48º e seguintes) e as Portarias números 219/2016, de 9 de agosto; *e* 19/2019, de 15 de janeiro, regulam o fracionamento de terrenos agrícolas.

O fracionamento corresponde a concreta limitação à divisão dos terrenos agrícolas de dimensão inferior ao conceito administrativo de unidade agrícola, que é fixada por portaria do governo.

Este conjunto legislativo é denominado como o *regime jurídico da estruturação fundiária*, pelo qual se regula também o emparcelamento.[343]

---

[343] *Vide infra*, pp, 146-147.

A *ratio* das limitações aos poderes do proprietário, em comum, seja no fracionamento, seja no emparcelamento integral, correspondem ao interesse e à necessidade de;[344] "*criar melhores condições para o desenvolvimento das atividades agrícolas e florestais, de modo compatível com a sua gestão sustentável nos domínios económico, social e ambiental, através da intervenção na configuração, dimensão, qualificação e utilização produtiva das parcelas e prédios rústicos*".

No caso do fracionamento; a criação de melhores condições para o desenvolvimento da atividade agrícola é alcançável pela imposição de dimensão mínima à exploração, desta forma diminuindo custos de plantação e colheita, maximizando recursos.

Trata-se de uma limitação à propriedade de natureza pública, em concreto, uma limitação ao poder de disposição de determinados terrenos agrícolas, quando tal oneração resulte na efetiva impossibilidade de o explorar em superfície inferior à prevista por portaria, com referência ao conceito administrativo de unidade de cultura (UC).

(***objeto***)

O objeto da limitação serão os terrenos aptos para cultura agrícola, sejam eles de sequeiro ou regadio, ainda as explorações florestais.

Aplicando-se, assim, em exclusivo aos prédios rústicos. Mas e, como veremos, nem a todos os prédios rústicos. São excluídos os terrenos rústicos que constituam partes componentes de urbanos, bem como os rústicos que sirvam em exclusivo a agricultura de subsistência familiar; ainda os rústicos que, comprovadamente, não se destinem à agricultura.

Entende-se o fracionamento de terrenos agrícolas como qualquer disposição que determine, de facto, ou de direito, a proibição à divisão dos mesmos (usufruto, encrave, tolerância de uso, ou outros) obstando à sua configuração em área inferior à prevista no artigo 49º da Lei 11/2015, que citamos; *"unidade de cultura é fixada por portaria do membro do Governo responsável pela área do desenvolvimento rural e deve ser atualizada com um intervalo máximo de 10 anos "*.

---

[344] *Cf.*, preâmbulo da Portaria n.º 19/2019, de 15 de janeiro, disponível na internet; https://dre.pt/home/-/dre/117821817/details/.

(***regime***)

A pretensão de Fracionamento deve observar o estabelecido na lei, designadamente nos artigos 48º, 49º e 59º da Lei 111/2015; de harmonia com o disposto nos artigos 1376º a 1381º do Código Civil ou, simplesmente, respeitar as Unidades de Cultura definidas no anexo II à Portaria nº 219/2016, de 9 de agosto.

Tratando-se de explorações agrícolas sitas em zonas qualificadas de reserva agrícola nacional[345], o fracionamento será possível se respeitar o disposto no artigo 27º do Decreto-Lei número 73/2009, de 31 de março (alterado pelo Decreto-Lei nº 199/2015, de 16 de setembro). Nestes casos o fracionamento só será possível quando abranja área superior a três Unidades de Cultura (UC).

Para efeitos de fracionamento nas áreas RAN, a unidade de cultura corresponde ao triplo da área fixada pela lei geral para os respetivos terrenos (e região).[346]

Em concreto, nos casos de o adquirente ser confinante com o vendedor (fracionante), a lei permite efetuar o fracionamento *quando*:

i) Não implicar que a área restante da junção seja inferior à unidade de cultura;

ii) O fracionamento se destine (ou por destaque, ou loteamento de terrenos) para construção ou retificação de estremas;

iii) Nos casos de troca de terrenos; mas com a condição de ambos os terrenos terem área igual ou superior à unidade de cultura. Ou seja, a área restante ao fracionamento deve resultar superior à UC, ou à UC/RAN.

---

[345] "*A Reserva Agrícola Nacional (RAN) define-se como o conjunto de terras que, em virtude das suas características, em termos agroclimáticos, geomorfológicos e pedológicos, apresentam maior aptidão para a atividade agrícola. Assim, a RAN é um instrumento de gestão territorial, que se consubstancia numa restrição de utilidade pública, pelo estabelecimento de um conjunto de condicionamentos à utilização não agrícola do solo, e que desempenha um papel fundamental na preservação do recurso solo e a sua afetação à agricultura*."; disponível na internet; https://www.dgadr.gov.pt/ambord/reserva-agricola-nacional-.

[346] O artigo 48º, da lei 11/2015, remete a possibilidade de fracionamento para as regras dos artigos 1376º a 1381º do Código Civil. O artigo 48º, da lei 11/2015, refere que *ao fracionamento e à troca de parcelas aplicam-se, além das regras dos artigos 1376.º a 1381.º do Código Civil, as disposições da presente lei*.

Quanto aos limites do fracionamento e suas consequências**;** o artigo 59º, da Lei 11/2015, de 27 de agosto, que alterou o artigo 1379º do Código Civil, fulmina com nulidade o fracionamento contrário à lei civil.

Os *artigos 1376.º e 1378.º* do Código Civil, sob as epígrafes de f*racionamento* e *troca de terrenos*, obstam ao fracionamento do qual resulte o encrave de terrenos; e os artigos 1377º, alínea c) e 1379º, todos do Código Civil, por se destinar a construção, determinam a anulabilidade do fracionamento se, a mesma (e o fracionamento resultar de destaque) não se iniciar no prazo de três anos.

Por forma a obviar ao fracionamento (e favorecer o emparcelamento) o artigo 1380º, do Código Civil, alarga o direito de preferência dos confinantes às transmissões por dação em cumprimento.

(***aquisição originária***)

Quanto à aquisição originária de parcela de prédio rústico inferior a U C, resulta atualmente incontrovertido, que só o fracionamento sustentado em título aquisitivo, com posse anterior a 27 de agosto de 2015, permite a aquisição originária. Neste sentido o parecer do Conselho Consultivo do Supremo Tribunal de Justiça, número 10/C. C / 2019; [347] requerido pela Direção Geral do Território. Que dispõe que a "aquisição por usucapião de parcela de prédio rústico fracionado em parcelas de área inferior à unidade de cultura – sua (in)admissibilidade".

Resulta deste parecer que, (*em síntese*) *T*endo em conta que; "*em face do disposto no art.116.º do CRP, que o processo de justificação de direitos e a justificação notarial são vias de suprimento da falta de prova documental da aquisição do direito (art.43.º do CRP)(…) a invocação da usucapião tenha ocorrido anteriormente, quer se manifeste, pela primeira vez*, (…) *haverá sempre, por parte da entidade decisora (conservador) ou da entidade tituladora (notário), um dever de sindicância da pretensão dos interessados,(…) o direito justificando e a "contaminar" a estrutura aquisitiva inscrita nos arts.1287.º e seguintes do CC,(…) porque aquela norma do CC* [1376º] *se dirige aos atos jurídicos de fracionamento,*

[347] Parecer aprovado pelo (em sessão do) Conselho Consultivo do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de março de 2019 – Conselheiros: Maria Madalena Rodrigues Teixeira, relatora; Blandina Maria da Silva Soares; Luís Manuel Nunes Martins; António Manuel Fernandes Lopes. Este parecer foi homologado pela Senhora Presidente do Conselho Diretivo, em 26.03.2019. Disponível na internet;https://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2019/parecer-115 / downloadFile /attachedFile9f0/CP1-2019-STJSR-CC.pdf .

ou seja, aos atos jurídicos de disposição da coisa (prédio rústico) praticados pelo proprietário e, por isso, não cobre atos de reconhecimento de direitos que tomem por objeto a parcela resultante de fracionamento, (...) nada deve impedir que, tal como sucede com a justificação notarial, se impugne judicialmente o facto jurídico aquisitivo [e não a decisão ou a escritura pública, também se sabe, no entanto] *que da existência da posse não resulta, necessariamente, a possibilidade de aquisição do respetivo direito por usucapião, desde logo porque no art.1287.º do CC se estabelece precisamente essa ressalva (quando se refere que a posse faculta ao possuidor a aquisição do direito, salvo disposição em contrário) e porque no art.1293.º do mesmo Código são dados exemplos diretos de direitos insuscetíveis de aquisição por usucapião(...) cumpre sublinhar, mais uma vez, que a usucapião não opera automaticamente, pois carece de ser invocada (art.1288.º do CC), mas que não é neste ato de invocação que radica a constituição do novo direito real, assim como não é na justificação notarial ou na decisão do conservador tomada no processo de justificação de direitos que se encontra o ato constitutivo do direito ou o título do fracionamento do prédio* [Concluindo-se que] *as disposições conjugadas dos arts.1376.º/1 e 1379.º/1 do CC, na redação dada pela Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, não podem deixar de pesar em matéria de aquisição por usucapião, contudo, a impossibilidade legal de constituição de prédios rústicos autónomos com área inferior à unidade de cultura, que agora se extrai das ditas normas,* ***só assume relevância quando a posse tenha sido iniciada após a entrada em vigor daquela Lei****".*

Percebe-se que que só o fracionamento sustentado em título aquisitivo com posse anterior a 27 de agosto de 2015, permite a aquisição originária de porção de terra de área inferior a UC ou UC/RAN.

7.1.5 O emparcelamento *integral.*

O Código Civil, no artigo 1282º e a *lei especial*, Lei 111/2015 de 27 de agosto, bem como a Portaria n.º 219/2016, regulam o *emparcelamento* de terrenos agrícolas.

A *ratio* das limitações aos poderes do proprietário, em comum, seja no fracionamento, seja no emparcelamento integral, correspondem à necessidade de "*criar melhores condições para o desenvolvimento das atividades agrícolas e florestais, de modo compatível com a sua gestão sustentável nos domínios económico, social e ambiental, através da intervenção na configuração, dimensão, qualificação e utilização produtiva das parcelas e prédios rústicos*" [348], ou, conforme resulta do artigo 1382º do Código Civil, *com o fim de melhorar as condições técnicas e económicas da exploração agrícola*.

O referido diploma prevê o *emparcelamento como o conjunto de operações de remodelação predial destinadas a pôr termo à fragmentação e dispersão dos prédios rústicos pertencentes ao mesmo titular*.

Correspondem, assim, a operações que visam; [349] *"concentrar e corrigir a configuração dos prédios rústicos, garantir o aproveitamento dos recursos e dos valores naturais."*

Para efeitos da presente, desde logo por se afigurar como limitação aos poderes do proprietário, a Lei 11/2015 de 27 de agosto, prevê duas formas de emparcelamento rural; o emparcelamento simples e o emparcelamento integral (atente-se aos artigos 6º a 22º da referida lei 11/2015).

Resulta que; só o emparcelamento integral se pode considerar como limitação aos poderes do proprietário.

O emparcelamento simples consiste; [350] "*na correção da divisão parcelar de prédios rústicos (...) pertencentes a dois ou mais proprietários, ou na aquisição de prédios contíguos, através da concentração, do redimensionamento, da retificação de estremas e da extinção de encraves e de servidões e direitos de superfície e"* é de iniciativa dos particulares.

---

[348] Preâmbulo da portaria n.º 19/2019, de 15 de janeiro; disponível na internet; https://dre.pt/home/-/dre/117821817/details/ .

[349] Preambulo da Portaria n.º 219/2016 de 9 de agosto; disponível na internet; https://dre.pt/home/-/dre/75120530/details/ .

[350] Artigo 7º e 8º e da Lei 111/2015 de 27-8-2015.

O emparcelamento integral consiste na; [351] "*substituição de uma estrutura predial da propriedade rústica por outra que* (…) *permita concentrar* (…) [o] *menor número possível de prédios rústicos, aumentar a superfície dos prédios rústicos; e* (…) *eliminar prédios encravados*".

Percebe-se que o emparcelamento simples não corresponde a qualquer limitação ao direito real de propriedade, pois nenhum dos poderes do proprietário resulta limitado. O proprietário, no uso da faculdade que lhe confere o artigo 8º da lei 111/2015, pode tomar a iniciativa de requerer o emparcelamento. Para tanto, em conjunto com os demais interessados, elabora o respetivo projeto.

Já o emparcelamento integral, previsto no artigo 12º e seguintes, da lei 111/2015, é da iniciativa do Estado, ou dos Municípios. Corporiza-se em projetos públicos e impositivos. Isto é, apesar de suscetíveis de sindicância judicial, se impõem como verdadeira limitação aos poderes de disposição do proprietário privado.

Esta será uma limitação (essencialmente) de natureza pública ao poder de disposição dos proprietários de terrenos agrícolas, limitação pela qual resulta que o proprietário se vê compelido à permuta dos seus terrenos, corporizando limitação aos poderes de disposição.

Por fim referir que, atualmente, a superfície máxima da unidade agrícola emparcelada é regulada pela Portaria número 219/2016, devendo ser revista em data anterior a 2026.

7.1.6 Atravessadouros.

Uma brevíssima referência aos atravessadouros; para tal alude-se (em necessária referência) aos Acórdãos (assentos[352]) do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de abril de 1989 [353] (no processo 043284 de 19 de abril de 1989); Acórdão do

---

[351] Artigo 12º e 14º da Lei 111/2015 de 27-8-2015.

[352] Os Assentos correspondiam às decisões do pleno (plenário) do Supremo Tribunal de Justiça e diferenciavam-se dos acórdãos por corresponderem às decisões de uma determinada formação de seção. Os assentos foram abolidos pelo Decreto-lei 329-A/95 de 12 de dezembro que revogou os artigos 763º a 770º do anterior Código de Processo Civil.

[353] Assento número 7/80 que dispõe que; "*São públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso direto e imediato do público*." Assento 1989.04.19 - Solano Viana (Relator)

Supremo Tribunal de Justiça de 28 de maio de 2009[354] (no processo n.º 08 B 2450) e Acórdão de 26 de maio 2015[355] (processo 22/12.9); que de forma clara determinam esta matéria.

Os atravessadouros correspondem a caminhos [356] não integrados no domínio público, não correspondem a uma qualquer servidão predial de passagem, constituem-se em meros atalhos. Por tal, os atravessadouros destinam-se a encurtar distâncias; permitindo a passagem, em casos muito pontuais, através de prédios particulares.

(***caminhos públicos***)

---

in DR/I 1989.06.02 - disponível no BMJ 386:121; sumário e texto integral disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ace51cb6f7da9271802568fc00397c87?OpenDocument&Highlight .

[354] Disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/FE53E15879A1 F6A880 257 5C 40 0587E7B

[355] Disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/ 954f0ce6ad9 dd8b9 80256 b5f003 fa 814/3cab0f975ab1c6c88025832a005b9468? .

[356] O Assento do Supremo Tribunal de .Justiça de 19/04/89, publicado no DR I - A de 2 de Junho de 1989, hoje com valor de acórdão uniformizador de jurisprudência, considerou revogado o art.º 380º do C.C. de 1867, considerando que determinadas vias de comunicação terrestre, como as estradas municipais e os caminhos públicos, que não fazem parte do domínio público do Estado (cf., Decreto Lei nº 477/80 de 15/10 – art.º 4º alínea e), se presumem públicos; "*quando a dominialidade de certas coisas não está definida na lei, como sucede com as estradas municipais e os caminhos, essas coisas serão públicas se estiverem afetadas de forma direta e imediata ao fim de utilidade pública que lhes está inerente(...) Ou seja, o uso imemorial faz presumir a dominialidade do caminho, assim se salvaguardando a prevalência de interesse público sobre o interesse privado.(...) O que não pode é interpretar-se o Assento no sentido de excluir a dominialidade de um caminho que, tendo sido construído ou legitimamente apropriado, em data recente (portanto estando ausente o requisito da imemorialidade) por pessoa coletiva de direito público (por ex. pelo Município ou Junta de Freguesia), foi por ela afetado ao uso público, servindo o interesse coletivo que lhe é inerente.(...) Um atravessadouro não deixa de ser um caminho, embora alternativo e destinado a encurtar distâncias (atalho), ligando, normalmente, caminhos públicos através de prédio(s) particular(es), cujo leito faz parte integrante do prédio atravessado(...) Não há que confundir atravessadouro, tal como acima ficou definido, com caminho público. Na caracterização do caminho público pesam interesses coletivos de particular relevância bem superiores aos que definem os atravessadouros, como a ligação entre povoações ou lugares, além de que também os seus leitos são públicos(...) O STJ vem defendendo, de forma persistente, uma interpretação restritiva do dito acórdão uniformizador, exigindo, para que um caminho de uso imemorial se possa considerar integrado no domínio público, a sua afetação a utilidade pública, ou seja, que a sua utilização tenha por objeto a satisfação de interesses coletivos de certo grau e relevância*", cf. Acórdão do STJ de 28 de Maio de 2009, processo n.º 08 B 2450, com referência ao Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 7.3.2017 - Apelação número 20/15.0T8SPS.C1, disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/055DE56 FF00 C4B608 02580 DF0 03CE853

Os atravessadouros distinguem-se dos caminhos públicos; estes, os caminhos públicos, estão integrados na propriedade pública e servem a rede viária. O Código Civil de 1966 aboliu os atravessadouros de forma expressa, tal como se alcança do previsto no artigo 1383º que revogou o artigo 380º do Código de Seabra. Não há outra forma de esclarecer este tema que não seja afirmando-se que, no entanto, a *jurisprudência repristinou os atravessadouros*.

(***atravessadouros***)

O artigo 1384º do Código Civil prevê, excecionalmente, alguns (poucos) e concretos atravessadouros. Serão de considerar quando, cumulativamente, sejam objeto de posse imemorial[357], permitam acesso a ponte ou fonte de água que não sejam servidas por caminho público.

(***constituição***)

Às (referidas) formas de constituição de atravessadouros (artigo 1384º do Código Civil) acresce, ainda, aquelas previstas por via de legislação especial. A título meramente exemplificativo; o interesse público pode determinar como atravessadouro o atalho que sirva o cidadão(s) com deficiência motora. Assim será, tendo por referência o artigo 72º da Constituição da República Portuguesa, conjugando-se o interesse público de cidadãos portadores de deficiência. É o que resulta do previsto no Decreto-Lei nº 43/82, de 8 de fevereiro que regula o apoio aos deficientes motores. No entanto o artigo 45.º, n.º 2, 2.ª parte, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas não se aplica aos atravessadouros que sirvam deficientes motores, em concreto, o segmento de exigências de infraestruturas.

(***repristinação***)

A jurisprudência atual está, nesta matéria, uniformizada pelo Acórdão (assento) Supremo Tribunal Justiça, desde 19 de abril de 1989, que dispõe; [358] " *determinadas vias de comunicação terrestre, como as estradas municipais e os caminhos públicos, que não fazem parte do domínio público do Estado (D.L. 477/80 de 15/10 – artº4, e)(...) quando a dominialidade de certas coisas não está definida*

[357] A posse imemorial corresponde ao que não se sabe quando começou; não é *posse boa* para usucapir.

[358] *Vide supra* nota 352.

na lei, como sucede com as estradas municipais e os caminhos, essas coisas serão públicas se estiverem afetadas de forma direta e imediata ao fim de utilidade pública que lhes está inerente".

Acresce que, nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de maio de 2009, [359]que a afetação à utilidade pública de tais caminhos se justifica pela satisfação de interesses coletivos relevantes. Ou seja, reconhecendo os atravessadouros, todos eles e para além da concreta letra da lei.

Percebe-se a afirmação; a Jurisprudência do STJ repristinou os atravessadouros. Antunes Varela e Pires de Lima advertem, com a autoridade própria dos autores do nosso Código Civil, contra a solução jurisprudencial plasmada no referido acórdão (assento uniformizador). Da concreta incoerência resultante da interpretação das normas dos artigos 1383º e 1384º do Código Civil, que resultam desvirtuadas com as *soluções* jurisprudenciais que acolham o uso público de atravessadouros, escudados no interesse coletivo.

A desconformidade (contra lei expressa) interpretativa decorrente da interpretação jurisprudencial, nesta matéria dos atravessadouros (integrando-os na categoria de caminhos públicos) é assinalada pela doutrina, *in casu* com a autoridade própria (máxima) no que tange ao Código Civil vigente, atente-se às palavras dos autores do mesmo; ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA; [360] "*traduzindo-se os caminhos públicos e os atravessadouros (ou atalhos) em vias de comunicação afetadas ao uso de qualquer pessoa, é evidente que o simples uso pelo público, mesmo que imemorial, não pode bastar para qualificar determinada passagem como caminho público,(...) sob pena de todos os atravessadouros com longa duração terem de ser qualificados como dominiais, em manifesta violação do preceituado nos artigos 1383º e 1384º, que apenas ressalvam os que se dirijam a ponte, ou fonte de manifesta utilidade (...) o público* [que] *faça passagem através de um prédio particular, em regra para atalhar ou encurtar determinados trajetos ou distâncias, deve entender-se que se trata de um atravessadouro, sujeito à cominação do artigo 1383º (...) salvo se se provar que a faixa de terreno por onde se faz a passagem é de*

---

[359] *Vide supra* nota 353.

[360] Antunes Varela e Pires de Lima Código Civil Anotado, Coimbra Editora, 2010, 2ª edição, pp, 281-282.

domínio público, através de algum dos títulos por que pode ser adquirida a dominialidade."

(***dominialidade***)

Por fim, cumpre uma brevíssima referência ao conceito de dominialidade. De forma sintética referimos que a dominialidade, plasmada no artigo 84º da Constituição da República Portuguesa, foi condicionada a três requisitos:

a) Preceito legal que *adjudique* a *classe* de coisa ao dominio publico;

b) Declaração de incorporação da *concreta coisa* em determinada *classe de coisas*;

c) Declaração da *concreta coisa* como de utilidade pública;

A dominialidade, poderá ser "*original*"[361] ou não; quando não original e definitiva determinar-se, com base na lei e, por uma das formas restritivas da propriedade privada[362]. Se não definitiva, será, pois, temporária e resultará de uma das quaisquer formas de limitação à propriedade privada determinadas por razões *essencialmente* de interesse público.[363] Nas palavras de MARCELLO CAETANO; [364] [os três requisitos da dominialidade serão a] "*existência de preceito legal que inclua toda uma classe de coisas na categoria de domínio* público, (…) *declaração de que certa e determinada coisa pertence a essa classe* (…) *afetação dessa coisa à utilidade pública*".

(***conclusão***)

Conclui-se referindo que a distinção (simples e prática) positivada pelo legislador (entre atravessadouro e caminho público) que prudentemente estabeleceu a única exceção o atalho para a fonte de água ou ponte, foi desvirtuada pela jurisprudência que percebeu a exceção como a regra; determinando que qualquer atravessadouro será aquele que sirva o interesse público. É, pois, claro o sacrifício à *ratio legis* (a salvaguarda da paz pública e o respeito pela propriedade privada, tais

---

[361] ***Original*** porque aquela *classe de coisas* sempre pertenceu ao dominio público, como por exemplo a *faixa costeira*; ou ***não original***, porque aquela concreta coisa (que resulta declarada de interesse público) resultou apropriada (nacionalização ou expropriação) ao dominio privado; a coisa foi retirada do comércio jurídico.

[362] *Vide supra*, pp, 108-121.

[363] *Vide supra*, pp, 124-152.

[364] Marcello Caetano, *Direito Administrativo*, Almedina, 1987, 9ª Edição, Vol. II, p, 921.

eram os exageros que se verificavam com os atalhos) e a solução da jurisprudência foi declarada com a latência aquisitiva dominial (dos atravessadouros).

Reitera-se, razão para se afirmar que os atravessadouros estão "vivos", foram "ressuscitados" pela jurisprudência*".*

7.2 Direito de vizinhança.

As limitações do direito de propriedade, por razões de direito privado, são o resultado da imemorial intervenção "da lei" em vista à regulação das relações jurídicas de vizinhança imobiliária.

Já antes se referiu que na própria origem, nos *mores maiorum,* se percebem a regulação e limitação da propriedade privada por razões de vizinhança.

Trata-se da regulação das relações entre os titulares de direitos reais, por este motivo corresponderão, também, às exigências de ordem pública (pois qualquer norma, por natureza pública, ainda que de direito privado, visa a satisfação de interesses públicos). [365]

O *Direito De Vizinhança* determina limitações aos proprietários por razões de direito privado. Impõe-se distinguir os três tipos fundamentais constrangimentos comuns às relações jurídicas de vizinhança, *propter rem*, por causa da coisa. (A expressão *propter rem*, significa isso mesmo, por causa da coisa.)

(***propter rem***)

O primeiro tipo enquadra-se nas relações que se caraterizam pela expressão "*é o prédio que está obrigado"*; *propter rem stricto sensu*.

É o caso das servidões prediais; em que todo o titular do prédio serviente fica adstrito, de forma mediata e automática, à obrigação (serviente). Corresponde àquela modalidade de obrigação *propter rem* que se carateriza pela dupla assessoriedade; uma relação jurídica em que o sujeito ativo será (qualquer um; que for) o titular do prédio dominante e o sujeito passivo quem quer que seja o titular do prédio serviente.

[365] *Vide supra,* nota 287.

(***ónus reais***)

Diversas serão as relações jurídicas de assessoriedade única, os ónus reais. Estes correspondem a uma modalidade de relações jurídicas *propter rem* (por causa da coisa) mas já sem a caraterística da dupla assessoriedade e, por via da qual, o titular do direito real se vincula perante uma pessoa de forma independente à sua titularidade sobre a coisa, mas por causa dela.

O individuo vincula-se a um determinado ónus ou condição. Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [366] "*teríamos o titular de um direito real vinculado perante um sujeito individualmente determinado. Assim acontece quando o doador se reserva certos direitos sobre os bens doados. O doador é um sujeito individualmente determinado e o seu direito é oponível ao titular dos bens, quem for* (art. 959º)".

(***limitações***)

Serão também *propter rem* as limitações do direito de propriedade; pois todos os proprietários de imóveis têm o seu direito de gozo limitado por causa da coisa, mas sem qualquer assessoriedade (dupla ou singela).

As limitações ao direito de propriedade, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [367]. "*não está integrado em nenhuma relação jurídica. Haverá uma mera restrição* [usado no sentido de limitação] *por interesse público ou até também, possivelmente, por interesse privado, de um direito, sem que ninguém mais fique diretamente relacionado com aquele sujeito*".

No entanto, porque a relação jurídica[368] advém de qualquer fato (jurídico) com efeitos regulados pela lei, que determina o vínculo entre dois ou mais sujeitos,

---

[366] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição 1987, pp, 229, 231.

[367] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, C*it.*, p, 228.

[368] A relação jurídica corresponde à relação da vida social disciplinada pelo direito; composta por sujeitos e incide sobre um objeto; o fato jurídico e a sua efetivação desenvolve-se com recurso a providências coercitivas, a garantia, nas palavras de MOTA PINTO; " *a estrutura da relação jurídica é o seu centro ou cerne: é o vínculo, o nexo, a ligação que existe entre os sujeitos*(…) *ao definirmos a relação jurídica, consideramo-la integrada por um direito subjetivo e por um dever jurídico ou por uma sujeição*(…) *a estrutura interna da relação jurídica*" (MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 3ª edição, 1996, pp, 166-169); As relações jurídicas poderão ser classificadas de diversa forma: simples (as que regulam um direito subjetivo); complexas (regulam os direitos subjetivos de diversos titulares); múltipla (regulam diversos direitos subjetivos, mas de um único

por causa da coisa, ou por causa do objeto da relação jurídica (consoante a conceção adotada, personalista ou do interesse) percebe-se que as limitações ao direito de propriedade não podem deixar de se enquadrar na relação jurídica própria dos proprietários confinantes e vizinhos.

Tanto assim é que, em caso de litígio, algum dos proprietários poderá arguir o "seu direito" contra o "dever correspondente" (a determinado comportamento positivo ou negativo) imposto por lei, ou decorrente dos postulados da teoria do abuso de direito.

As limitações ao direito de propriedade enquadram-se na relação jurídica real.[369] Conferem e impõem, isso sim, direitos e deveres subjetivos ao concreto proprietário (à pessoa individualmente considerada). Estes deveres, os de natureza real, são os que decorrem da lei (direito objetivo) e consubstanciam as limitações ao direito de propriedade, os direitos do sujeito proprietário (direito subjetivo).

(***a regra***)

Conforme já sobejamente referido[370], qualquer conceito e definição que tenha por objeto o direito de propriedade deve cingir-se à descrição da realidade e não pode afastar-se da *regra*.

Alguns autores entendem o contrário; note-se que a propósito do debate doutrinal sobre a noção de direito real e, critica à conceção clássica, referem que esta conceção merece, nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [371]" *o reparo de se*

---

titular); pública ou privada, absoluta ou relativa (consoante regulem direitos decorrentes da lei e por tal devam ser respeitados por todos, ou direitos resultantes de convenções privadas e que apenas se imponham às partes) .

[369] Presidida pelos princípios da coisificação, atualidade, especialidade, compatibilidade ou de exclusão, elasticidade, tipicidade, taxatividade, causalidade, consensualismo e publicidade, Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012, pp, 139-219.

[370] Refiro-me às *regulae iures* do digesto, que nas palavras de FERNANDO DE NORONHA; "*nunca será da construção jurídica que se vai extrair a regra concreta, antes é aquela que terá de se conformar com as soluções concretas encontradas através da ponderação dos interesses e dos valores em jogo. Não é das definições, dos conceitos jurídicos ou das teorias que brota o direito, pelo contrário, é a partir do (...) concreto, tal como é vivido, aplicado aos casos da vida real, que devem ser construídas aquelas teorias, conceitos, etc.* (Fernando Noronha, Direito, Sociedade e Método Jurídico, janeiro de 2010, Federal University of Santa Catarina, Article in *Sequencia Estudos jurídicos e políticos*, vide RV. Cit., p, 117).

[371] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, p, 41.

estar em presença mais de uma descrição da realidade do que uma definição". Entendo, no entanto, que (em especial) no que se refere ao direito de propriedade, conteúdo, aquisição, perda e limitações, a definição deve ser fiel à realidade e não a um qualquer ideário que dela se afaste. Em especial aos ideários que se afastam da *regra* que deve servia à base do direito escrito, as *regulae iures*.

Será esta regra que determinará a regulação das limitações aos poderes do titular do direito de gozo sobre determinada coisa. Constrangimentos a concretas faculdades efetivas, entre outras: de efetuar escavações; de escoar as águas da sua propriedade; de efetuar obras defensivas; de plantar árvores e arbustos, inclusive como divisórias; da faculdade de tapar; de apanhar os frutos que caiam na propriedade contígua; a faculdade de produzir fumos, vibrações e ruídos; a faculdade de conduzir as águas pluviais que caiam nos telhados; a faculdade de construir instalações consideradas perigosas; a faculdade de passar na propriedade de outrem; a faculdade de manter parede, muro, árvore ou outra construção em ruína na sua propriedade; e muitas outras decorrentes dos poderes de uso, fruição e disposição do titular do direito de gozo máximo) poderes estes que estarão limitados pela lei (artigo 1305º do Código Civil).

Far-se-á, de seguida, referência a tais limitações, com pontuais alusões ao regime da responsabilidade civil [372].

---

[372] Independentemente do tipo de responsabilidade civil que esteja em causa, a consequência será sempre a de indemnizar pelo dano (no artigo 562º e seguintes do Código Civil) e corresponde à exceção da regra de que cada um suporta os resultados negativos da sua vivencia. Quando os danos resultam do incumprimento de norma jurídica, limitativa dos poderes do proprietário, a responsabilidade civil não poderia deixar de ser extra obrigacional (artigos 483º e seguintes do Código Civil). Tratando-se de dano causado em virtude de incumprimento de normativo legal (e em comum com a responsabilidade civil pré-contratual e a obrigacional) o elemento da ilicitude traduz-se no fato praticado, ou na omissão determinada em prejuízo de direito alheio (naturalmente protegido por lei). A responsabilidade extracontratual por fatos ilícitos consubstancia-se na violação da norma legal que, cumulativamente, cause prejuízos (fato voluntário declarado ilícito com verificação do nexo causal adequado). Atento à censura da violação da norma resultará dispensada a culpa (em sentido lato) e a ilicitude não resulta automaticamente afastada pelo licenciamento, uma vez que *o tipo se preenche* pela violação do direito de outrem, servindo o licenciamento unicamente para aferir a eventual solidariedade do dever de indemnização. No entanto e em bom rigor, o elemento subjetivo do tipo danoso (o fato proibido) deve ter uma correspondência mínima com o desvalor da atuação dos proprietários (que apesar de limitado no uso dos seus poderes de gozo cause dano pela prática de ato legalmente proibido) pois não faz sentido que o fato seja ilícito sem um mínimo de desvalor da atuação do proprietário, nem que este se reflita unicamente ao nível do elemento objetivo do tipo legal. Dito de outra forma, o fato será ilícito, mas o agente terá que ter contribuído dolosa ou negligentemente ao resultado típico; caso contrário estaríamos a censurar até a negligencia inconsciente, o que não faz sentido. No que concerne às obras efetuadas pelo proprietário e que causem dano aos confinantes,

(***a taxatividade***)

Reitera-se na referência à taxatividade das limitações legais ao direito de gozo máximo. É certo, as limitações *propter rem* poderão ser convencionais, mas e só na medida que não sejam contrárias à lei. Se contrárias à lei serão nulas.

Aquelas que sendo permitidas por lei[373], a excedem, serão objeto dos efeitos do instituo da conversão ou da redução[374] e terão efeitos meramente obrigacionais. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [375]. "*importa distinguir: ou tais limitações são permitidas por lei, como sucede nas figuras dotadas de flexibilidade ou elasticidade, que se configuram como tipos (relativamente abertos) e nada obsta à sua constituição no âmbito legalmente consagrado; ou contrariando o direito de propriedade, são nulas, mas, por efeito de conversão legal, produzem efeitos obrigacionais; ou, finalmente, podem ser convertidas, nos termos gerais, noutro direito real legalmente admitido*".

(como no caso de derrocada) não será pelo fato das obras estarem licenciadas que tal responsabilidade resultara excluída (a responsabilidade de indemnizar nos termos do previsto no artigo 562º do Código Civil) note-se que o domínio do fato é do dono da obra e é este que dela retira vantagem, devendo para e, portanto, suportar o risco da produção do dano, independentemente da culpa (dolo ou negligência geral) vigorando neste particular as regras da responsabilidade pelo risco (uma espécie de responsabilidade "*de fim*"; dever de evitar o dano) e o regime de regresso do comitente ao comissário. A generalidade das relações de vizinhança caraterizam-se pelo dever de respeito mútuo; pela obrigação de reposição do "*estado das coisas*" (as alterações implicam o dever de restaurar, reconstruir e recolocar o estado original) dever que se impõe, em geral, alheado e independente à culpa, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; " *o direito de vizinhança funda-se numa modificação subjetiva do estado dos lugares que o vizinho não é obrigado a suportar e não numa reação a um ato ilícito*", Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, p, 244.

[373] *Vide supra* p, 123.

[374] O artigo 292.º do Código Civil admite a redução do negócio jurídico inválido (nulo ou anulável). A redução é permitida quando o negócio seja parcialmente inválido devendo ser aproveitado, isto é considerado parcialmente válido por só parcialmente inválido. No entanto, e nos termos do previsto no artigo 292.º do Código Civil, se uma das partes fizer prova que não teria contratado sem a procedência da clausula nula, o tribunal deve decretar a nulidade do contrato; ou seja verifica-se uma transformação para "*um menos*". Diverso é o regime da conversão previsto no artigo 293º do Código Civil, que permite a conversão do negócio ou de uma parte do negócio inválido em negócio diferente, desde que *cumpra* os requisitos necessários para a validade; desde que fique demonstrado que as partes o quiseram, com as caraterísticas do negócio novo; nestes casos verifica-se uma transformação para "*um diferente*" e não para "*um menos*".

[375] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, p 294.

Este conjunto de regras, limitações ao direito de propriedade por via de direito privado, corresponde a um *direito de vizinhança*, expressão aglutinadora que foi usada por Oliveira Ascensão[376].

7.2.1 As escavações.

O *direito de vizinhança* prevê a faculdade de o proprietário efetuar escavações (artigo 1348º, número 2, do Código Civil). Esta faculdade será, no entanto, limitada, na medida em que tais escavações (minas, poços, valas e outras) privem o prédio vizinho de apoio, isto é, que o exponham ao desabamento.

Trata-se de matéria muito simples e que se fundamenta nos limites próprios do abuso da função económica dos poderes de transformação do proprietário que pretenda efetuar tais escavações. Contanto que, com tais escavações cause, de facto, perigo e, ou, danos aos confinantes.

O direito de vizinhança impõe, perante o dano, o dever de indemnizar mesmo sem culpa (atente-se ao previsto no nº. 2 do artigo 1348º do Código Civil, que dispõe que, "*Logo que venham a padecer danos com as obras feitas, os proprietários vizinhos serão indemnizados pelo autor delas, mesmo que tenham sido tomadas as precauções julgadas necessárias*").

Acresce à culpa o simples perigo; a exigência acrescida de um especial um dever de diligência. Neste sentido e nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [377] "o *fato de serem tomadas as precauções necessárias não exime o autor das obras da obrigação de indemnizar o dono do prédio vizinho dos danos que, mesmo assim, ele sofra por virtude delas, não são requisitos dessa responsabilidade nem a culpa do agente, nem a ilicitude da sua conduta*".

O responsável pelos danos será o proprietário do prédio que os cause, ou os seus comissários, nos termos do regime da responsabilidade civil pelo risco, conforme previsto nos artigos 499º e seguintes do Código Civil.

7.2.2 Escoamento natural de águas, (*terras e entulhos*).

---

[376] Oliveira Ascensão, *Direito Civil – REAIS*, Cit., p, 244.

[377] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, p, 228.

O artigo 1351º do Código Civil prevê que; "*os prédios inferiores estão sujeitos a receber as águas que, naturalmente e sem obra do homem, decorrem dos prédios superiores, assim como a terra e entulhos que elas arrastam na sua corrente*", proibindo o dono do prédio inferior de fazer obras que estorvem o escoamento.

Trata-se de regulação com origem no *direito base*; que se opõe à inovação, às obras novas e, cumulativamente, impõe a conservação das estruturas existentes.

Os prédios inferiores serão todos os que recebem águas, terras e entulhos, por força da gravidade e não apenas os contíguos ou confinantes.

Acresce que a proibição deste tipo de obras deve ser percebida tanto no efetivo estorvo como na latência ao estorvo, sendo proibidas as que, objetivamente o sirvam, ou potenciem.

Naturalmente que se a capacidade de escoamento resultar diminuída, ou prejudicada, ou apenas se percebam como aptas a tais "prejuízos", tais obras novas deverão ser destruídas e reposto o estado de coisas anteriores às mesmas.

Nestes casos, o direito de vizinhança impõe uma obrigação alternativa ao proprietário (ou) o *facere* ou o *pati*; o dono dos prédios onde existem as obras defensivas pode fazer as reparações necessárias ou a tolerar que as façam.

(***obras de reparação***)

A questão de aferir da obrigatoriedade do dono do prédio efetuar as obras, reparações ou remoção de materiais acumulados é controversa; nas palavras de MÁRIO TAVARELA LOBO;[378] "*se para uns; esse proprietário não tem obrigações de fazer mas apenas de tolerar (pati) que outros entrem no prédio e façam as obras ou procedam aos necessários trabalhos, entendem outros impor-se-lhe essas obrigações e só subsidiariamente (no caso de tais obrigações não serem cumpridas) poderão os demais interessados fazê-lo, sendo aquele obrigado a tolerar tais obras e trabalhos* [Menezes Cordeiro] (…) *para outros ainda, numa posição semelhante aos primeiros,* ***o proprietário tem o direito e não obrigação de reparar; e só quando não queiram usar esse direito é que podem intervir terceiros***. *É esta a solução dominante em Itália e perfilhada entre nós por Pires de Lima e Antunes Varela* (…)

[378] Mário Tavarela Lobo, *Manual Do Direito Das Águas*, Volume II, 2ª edição (revista e atualizada) Coimbra Editora, 1999, pp 425-426.

o mesmo pode verificar-se ainda se as obras forem da iniciativa do proprietário do prédio onde se situam e ele retardar o seu início houver excessiva lentidão em concluí-las, caso em que o mesmo proprietário pode ver-se substituído pelos outros interessados ".

(***servidão de escoamento***)

O artigo 1563º do Código Civil refere-se à servidão de escoamento. Esta denomina-se de *forçada* quando não seja *natural*.

Com referência àquelas obras (do homem) que prejudiquem o escoamento natural das águas, serão permitidas, mas por via da constituição de servidão legal de escoamento.[379] Nas palavras de MÁRIO TAVARELA LOBO;[380] "*tratando-se, porém, de obra nova* (…) *só poderá conseguir-se por via da servidão legal de escoamento*. [com referência ao Ac. da Relação de Coimbra de 11/12/1979] *no qual judiciosamente se observa que «reparar significa renovar, restaurar, conservar melhorar o que já está feito»" BMJ nº 294, pág. 406*",

A servidão de escoamento (para/por fins agrícolas ou industriais) será permitida e constituída como um contrato, vigorando a flexibilidade própria da convenção *propter rem*; ou seja, contra a respetiva indemnização dos prejuízos causados a todos aqueles prédios inferiores que as devam receber de forma que não se incremente o dano próprio de tal obrigação (aumentando o caudal, ou deslocando-se o concreto curso).

As obras que a lei identifica, de forma exemplificativa, que podem ser consideradas instrumentais à servidão de escoamento serão as; "gaivagem, canos falsos, valas, guarda matos, alcorcas".

A servidão legal de escoamento será também permitida quando tenha por objeto as sobras de águas decorrentes da concessão de obras públicas [381].

---

[379] Os casos em que é permitida a servidão legal de escoamento poderá assumir uma das seguintes formas: servidão complementar de águas vertentes; servidão de devolução à corrente das águas remanescentes; servidões legais de águas vertentes; servidão de modificação do escoamento natural de águas; servidão de enxugo; servidão de escoamento de águas; servidão de estilicídio; servidão de esgoto, cloaca ou latrina; Mário Tavarela Lobo, *Manual Do Direito Das Águas*, C*it.*, pp 426-457.

[380] Mário Tavarela Lobo, *ibidem*, p, 425.

[381] Aos proprietários onerados com a servidão de escoamento é aplicável o disposto no artigo 1391.º do Código Civil. Na (determinação e) liquidação da indemnização será levado em conta o valor dos benefícios que para o prédio serviente advenham do uso da água, nos termos do número anterior;

(“***águas” industriais***)

Este imperativo legal de escoamento levanta algumas questões relacionadas com o escoamento de águas industriais, esgotos de explorações animais ou outras *águas sujas* e poluidoras.

Trata-se de uma questão que se resolve com a simplicidade própria de um ordenamento harmonioso e prático (em segmento intocado por *fantásticas teorias gerais*) com recurso ao regime do abuso de direito, previsto no artigo 334º do Código Civil.

Os proprietários dos prédios atuam ilicitamente, porque encaminham estas “aguas” inquinadas e, por tal, abusam da função económica do seu prédio; (excedem-na) desrespeitam os bons usos sociais e os costumes. Em suma, não usam o seu direito de gozo de forma regular; abusam do direito, pois impõem aos prédios inferiores a receção destas águas inquinadas com solventes, tintas, combustíveis, dejetos animais ou outros que, por natureza, serão prejudiciais à saúde pública (poluidoras) também prejudiciais “*à agricultura*” daqueles prédios que as recebam.

A limitação própria e adstrita ao princípio do regular exercício dos direitos determina estas atuações como proibidas por lei. Em consequência os proprietários dos prédios superiores incorrem em responsabilidade civil pela prática de fatos ilícitos, os proprietários de prédios vizinhos podem opor-se à receção destas “águas”. Ao que acresce, diga-se, a montante, a responsabilidade subjetiva e *pessoal* (penal), decorrente da legislação e censura penais e contraordenacionais.

7.2.3 Obras defensivas de águas.

O artigo 1352º do Código Civil, dispõe que “*o dono do prédio onde existam obras defensivas para conter as águas, ou onde, pela variação do curso das águas, seja necessário construir novas obras, é obrigado a fazer os reparos precisos, ou a tolerar que os façam, sem prejuízo dele, os donos dos prédios que padeçam danos ou estejam expostos a danos iminentes.”*

---

e, no caso da alínea b) do n.º 1, será atendido o prejuízo que já resultava do decurso natural das águas. Só estão sujeitos à servidão de escoamento os prédios que podem ser onerados com a servidão legal de aqueduto.

(***águas invasoras***)

Os prédios inferiores que recebam águas invasoras têm o direito de construir obras defensivas "*naquele prédio onde, pela variação do curso das águas, seja necessário construir novas obras* "(artigo 1352º n. 1 Código Civil), Nas palavras de MÁRIO TAVARELA LOBO;[382] [as] *" águas escoadas para os prédios inferiores, quer públicas quer particulares, bem como as águas provenientes de correntes de água a invadir quaisquer prédios, exigem imperativamente a construção de obras defensivas apropriadas que contenham o ímpeto das águas e obstem aos inevitáveis prejuízos(...) os problemas da defesa contra as águas públicas - marítimas, fluviais, lacustres ou pluviais - nomeadamente as obras defensivas contra inundações, avalanches, escorrimento de terras, etc.…, são normalmente da competência da administração, à qual compete providenciar no sentido de evitar os respetivos danos tomando as medidas necessárias à restituição das coisas ao estado anterior(...) no tocante às relações entre prédios de qualquer natureza ou situação -rústicos ou urbanos, contíguos ou não- a matéria das obras defensivas das águas está regulada no artigo 1352º (...) as obras previstas e sua reparação respeitam tanto aos interesses dos prédios onde as mesmas se situam como aos interesses dos demais prédios necessitados da defesa contra aquelas intempéries ou fenómenos naturais altamente prejudiciais; e respeitam a própria defesa das populações."*

Ou seja, as obras novas tornar-se-ão necessárias sempre que o escoamento natural das águas possa resultar em danos para os prédios vizinhos. Danos que se verifiquem seja pela sua acumulação, seja pelo transporte e queda de águas, lodos, ou outros materiais que as mesmas arrastem.

Este tipo de obras; sejam novas, sejam as reparações correspondem a medidas de salvaguarda da segurança e dos interesses de todos os que beneficiem do efeito prático preventivo das mesmas. É por esta razão que se pode afirmar que o proprietário, o dono do terreno onde as mesmas se encontram implantadas ou onde se devam construir obras novas, conforme previsto no número 1 do artigo 1352º do Código Civil, "*onde as mesmas se encontrem implantadas*"; aqueles onde "*pela*

[382] Mário Tavarela Lobo, *Manual Do Direito Das Águas*, Volume II, C*it*., pp, 423-424.

variação do curso das águas, seja necessário construir obra nova" não terá o direito de se opor à construção ou, conforme o caso, de efetuar as reparações, por mote próprio. No que tange a estas concretas obras resulta implantado uma conceção verdadeiramente comunitária e condominial, adversa a individualismos.

(***encargos***)

O número 3 do referido artigo 1352º do Código Civil, dispõe que; "*todos os proprietários que participam do benefício das obras são obrigados a contribuir para as despesas delas, em proporção do seu interesse, sem prejuízo da responsabilidade que recaia sobre o autor dos danos.*"

Estas regras são de aferição casuística, a necessidade de construção de obra nova deverá ser aferida numa lógica matemática, rateando-se proporcionalmente o benefício com a construção; com o mesmo critério no caso de manutenção de obras defensivas, aplicando-se o princípio geral consagrado no artigo 1398º número 2 do Código Civil (relativamente às obras de interesse comum).

Aquele que individualmente se determinar em alterações ou inovações não autorizadas por todos, se provocar danos, responde nos termos da sua concreta responsabilidade.

7.2.4 A plantação de árvores e arbustos.

O proprietário tem a faculdade de plantar árvores e arbustos no seu prédio. No entanto, o artigo 1366º do Código Civil estabelece a regra (geral) que permite ao confinante solicitar (judicial ou extrajudicialmente) o corte dos ramos que propendam, (que se inclinem) sobre o seu prédio, bem como das raízes que se introduzirem no seu terreno.

Se o dono da árvore, depois de notificado, o não fizer no prazo de três dias o confinante pode proceder ao corte.

Este direito ao corte de ramos e raízes que provenham de árvores divisórias não é condicionado pelo efetivo dano.

Este direito ao corte pode ser exercido nos termos das regras do direito objetivo e geral e, por essa mesma razão não pode exigir que o corte seja feito pelo dono das árvores, ou a encargo e expensas deste. Neste sentido o Acórdão do

Supremo Tribunal de Justiça[383] de maio de 1962; "*não pode, por a lei lhe não permitir, (...) exigir que o corte ou arranque seja feito pelo dono da plantação e à custa dele, nem exigir-lhe quaisquer indemnizações pelos prejuízos resultantes da invasão do prédio pelas raízes, ou pelos ramos*". Isto é, para além de resultar a obrigação de suportar os custos com o corte, o confinante tão pouco tem direito a qualquer indemnização por eventuais prejuízos causados pela invasão de raízes e ramos.

(***parte componente***)

Os ramos e as raízes cortadas são parte componente da árvore. Atente-se ao previsto no artigo 204º, nº 1, alínea c) e 3 do Código Civil e, por tal (ramos e raízes) são de propriedade do dono da árvore. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [384]. "e*mbora a lei não refira, considera-se que os ramos e raízes cortadas pertencem ao dono da árvore, são partes componentes da árvore ou arbusto e por isso, na falta de disposição legal em contrário, não podem deixar de lhe pertencer*".

O número 2 do artigo 1366º do Código Civil, ressalva também a aplicação das limitações próprias da plantação de eucaliptos, acácias e outras árvores consideradas nocivas[385].

(***usucapião***)

A doutrina identifica a questão da possível aquisição por usucapião do direito de manter ramos ou raízes pendentes sobre o prédio vizinho, libertando-se do dever de os cortar. A resposta é negativa, nas palavras de ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA; [386]"*não há posse neste caso porque não há o animus possidendi*".

António dos Santos justo identifica o problema das videiras amarradas a esteios que inclinam sobre o terreno vizinho, concluindo que poderá adquirir, por via possessória, um direito de servidão predial. Nas palavras de ANTÓNIO DOS

---

[383] Antunes Varela e Pires de Lima, *Código Civil Anotado* - 2ª edição Revista e Atualizada, Pires de Lima e Antunes Varela, *com a colaboração de M. Henrique Mesquita*, Walter Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p, 231.

[384] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, pp, 284-285.

[385] C*f.*, Decreto-Lei n.º 148/2017 de 5 de dezembro.

[386] Antunes Varela e Pires de Lima, ibidem p, 232.

SANTOS JUSTO; [387] "*entende-se que sim, embora pratique um fato ilícito: inclinação sobre o prédio vizinho não é efeito do crescimento natural das plantas* ".

Já as árvores e os arbustos que tenham nascido na linha divisória entre duas propriedades, presumem-se comuns. Isto é, são da compropriedade de ambos os vizinhos confinantes.

7.2.5 Apanha de frutos.

O regime da apanha de frutos que caiem no prédio confinante é semelhante ao regime de recuperação de quaisquer outras coisas próprias que, acidentalmente, se encontrem no prédio alheio[388] e, ainda, ao regime de perseguição e captura de enxame de abelhas que tenham fugido para prédio vizinho[389].

A recolha de frutos caídos no prédio confinante está prevista no artigo 1367º do Código Civil que dispõe que; "*o proprietário de árvore ou arbusto contíguo a prédio de outrem ou com ele confinante pode exigir que o dono do prédio lhe permita fazer a apanha dos frutos, que não seja possível fazer do seu lado; mas é responsável pelo prejuízo que com a apanha vier a causar"*. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [390] "*o nosso legislador consagrou a solução romanística, afastando-se de outros códigos que atribuem a propriedade dos frutos ao dono do solo onde caírem, como compensação dos prejuízos sofridos*"[391].

Permito-me afirmar que o próprio Direito Natural impõe a perceção da regra do respeito pelo território alheio, esta perceção generalizada resultou transposta para as conceções da relação jurídica. O regime da apanha de frutos determina, precisamente, a exceção a esta regra natural, decorrente da relação jurídica real, por força do direito subjetivo por excelência. Nas palavras de CARVALHO FERNANDES; " [392]*um limite natural de qualquer direito subjetivo e também dos*

---

[387] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, p, 285.
[388] *Cf*., artigo 1349º do Código Civil.
[389] *Cf*., artigo 1322º do Código Civil.
[390] António Dos Santos Justo, *ibidem* p, 287.
[391] António Dos Santos Justo, *ibidem*, p, 287.
[392] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, p, 225.

direitos reais, decorre da necessidade de ele se confinar no seu objeto; dito por outras palavras, o direito só pode incidir sobre o bem que a ele está afeto. Contudo, as relações de vizinhança podem justificar a necessidade de o dono de um prédio utilizar, provisória e acidentalmente (…) *um prédio alheio* "[393].

É o que acontece quando se torna necessário recolher a fruta que cai no prédio confinante, no entanto aquele que se aventura em terreno alheio deve suportar todos os prejuízos que cause.

7.2.6 Passagem forçada momentânea.

Tal como referido anteriormente, a recolha de frutas, a perseguição de enxames de abelhas como a recuperação de coisas próprias que acidentalmente se encontrem em terreno alheio[394] (diverso de qualquer acessão[395]) permitem aceder licitamente ao prédio confinante. Também a necessidade de reparação de edifício, ou mesmo da sua construção, pode determinar a denominada passagem forçada momentânea.

O artigo 1349º do Código Civil prevê que, "*se para reparar algum edifício ou construção, for indispensável levantar andaime, colocar objetos sobre prédio alheio, fazer passar por ele os materiais para a obra ou praticar outros atos análogos, é o dono do prédio obrigado a consentir nesses atos"*[396]. O número 3 prevê a indemnização pelos prejuízos sofridos com a passagem necessária[397].

---

[393] Luís Carvalho Fernandes, *ibidem*, p, 225.

[394] Nas palavras de LUÍS CARVALHO FERNANDES; "*a doutrina considera que tanto a perseguição do enxame de abelhas como a recolha de coisa acidentalmente caída em terreno vizinho, não resultam do direito de vizinhança, denomina-as de limitações independentes"*, Luís Carvalho Fernandes; *Lições de Direitos Reais, ibidem* Cit., p, 226; no entanto percebe-se a vizinhança para além do confinante, razão pela qual se afigura a mesmo ratio *legis* nas referidas limitações ao direito de propriedade, o abuso de direito.

[395] A acessão corresponde a uma forma de aquisição da propriedade. (O direito de propriedade adquire-se por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei.) A acessão consiste na união ou incorporação à coisa principal de outras que se lhe une. As espécies de acessão estão previstas no artigo 1326º do Código Civil e diz-se natural, quando resulta exclusivamente das forças da natureza, ou industrial quando resulta de ação do homem. Por sua vez poderá ser mobiliária ou imobiliária, conforme a natureza das coisas incorporadas. O artigo 1317º do Código Civil determina que o momento da acessão será o da incorporação ou união.

[396] O número 2 do artigo 1349º estatui que; *é igualmente permitido o acesso a prédio alheio a quem pretenda apoderar-se de coisas suas que acidentalmente nele se encontrem; o proprietário pode impedir o acesso, entregando a coisa ao seu dono*.

Trata-se de um verdadeiro dever de tolerância, um *pati* imposto pelo direito de vizinhança por via a impedir o abuso da função económica do prévio que deve suportar a passagem.

Não faria sentido que não se permitisse a passagem por via da atividade de reparação, ou construção, de um prédio que carecesse do uso temporário e esporádico do terreno vizinho. Tal consubstanciaria um flagrante abuso da função económica do prédio adstrito ao *pati*, para além de desrespeitar os bons usos de relacionamento social.

Os proprietários, usufrutuários, locatários, superficiários, ou outros que titulem o direito de uso do prédio devem articular-se em via à consensual utilização do espaço de terreno absolutamente necessário e essencial a tais atividades, pelo tempo necessário e essencial à construção ou reparação.

Na falta de acordo, quando tal se justifique, poderá, em caso de justificada urgência, o vizinho usar da autotutela. Neste sentido e nas palavras de MENEZES LEITÃO; [398] *"tem-se igualmente entendido que esta faculdade pode ser exercida mediante ação direta (art. 336º)* "[399].

Também nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [400]"*observa-se que a utilização do prédio alheio deve ser indispensável e que a circunstância de o proprietário vizinho estar obrigado a consentir o acesso ao seu prédio justifica a possibilidade de se exercer a ação direta*".

7.2.7 O direito de demarcação e de tapagem.

Qualquer proprietário pode obrigar os confinantes à demarcação das estremas dos respetivos prédios, tal como resulta do previsto no artigo 1353º do Código Civil. A demarcação processa-se de acordo com os respetivos títulos ou com a posse.

---

[398] Luís Menezes Leitão, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p, 187.
[399] Luís Menezes Leitão, *ibidem* p, 187.
[400] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, p, 275.

Na falta dos critérios antes referidos, a demarcação faz-se dividindo a parte litigiosa em partes iguais. Nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [401] "*no caso de litígio a questão é dirimida judicialmente. Na versão anterior à reforma de 1995/96, o Código de Processo Civil reservava para o efeito um meio judicial próprio, a ação de demarcação, que constituía uma modalidade das chamadas ações de arbitramento, previstas no art. 1056º, com as particularidades do art. 1058º. Aquele meio foi abolido nessa reforma, devendo agora os interessados recorrer à ação declarativa comum e sendo as questões nela levantadas objeto de prova pericial*".

O direito de demarcação é imprescritível, sem prejuízo dos direitos adquiridos por usucapião (artigo 1355º do Código Civil).

Também o direito de tapagem é imprescritível; consubstancia-se no direito de o proprietário poder murar, valar, rodear de sebes o seu prédio, ou tapá-lo de qualquer modo. (artigos 1356º a 1359º do Código Civil).

A tapagem mais não é que a faculdade de, após a demarcação, murar a sua propriedade (rodeá-la de redes ou sebes, ou outras), impedindo o acesso de terceiros ao concreto terreno.

Por via de regra as plantações divisórias presumem-se comuns, mas essa presunção é ilidível[402].

A tapagem do prédio corresponde à faculdade de transformação da coisa, própria do poder de disposição, que o direito de gozo confere ao proprietário. Mas este feixe de direitos objetivos, corporizados no efetivo exercício da faculdade de tapagem do terreno, pode ver-se limitado pelo direito de vizinhança. Desde logo porque os sujeitos da relação jurídica, os proprietários confinantes, titulam *direitos* e correspetivos deveres.

(***o abuso de direito***)

O exercício da faculdade de tapar o terreno não pode constituir-se em ato excessivo, ou inútil. Com fito de causar incómodo ao confinante, porquanto tais

---

[401] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais, Cit.*, p, 229.

[402] O artigo 349º do Código Civil estatui que; "*presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido";* serão ilidíveis ou *iures tantum* as que admitem prova em contrário; as inilidíveis, *iure et de iure*, as que não admitem prova em contrário

atuações se subsumirão a abuso de direito. Nas palavras de MENEZES LEITÃO; [403] (com referências a António dos Santos Justo, Antunes Varela e Pires de Lima)"*o direito de tapagem pode, no entanto, ser afetado em caso de abuso de direito (art.º 334º), ou de colisão de direitos (art.º 335º), como na hipótese de a tapagem ser realizada por forma a prejudicar, de forma excessiva, o uso do prédio vizinho* [com nota de rodapé 447] *(Cfr Pires de Lima/Antunes Varela, op. Cit, III, sub art.º 1356º n. 3, p 204 e Santos Justo, Direito Reais pp 252-253). Considerando inadmissível, por virtude da colisão de direitos, o exercício do direito de tapagem que tira a possibilidade de desfrutar da luz solar por parte do proprietário do prédio vizinho, Cfr Ac STJ 28/10/2008 (Sebastião Póvoas) em CJ-ASTJ16 (2008), I pp 97-101*, ".

Para além da tapagem em manifesto abuso de direito, o *direito de vizinhança* opõe-se, também, a que se construa vala sem respeitar distância idêntica (à profundidade) à extrema confinante (artigo 1357º do Código Civil) com presunções de compropriedade expressas na lei (critério do lado das terras de limpeza, outras).

(***direito público***)

As limitações à faculdade de tapagem das propriedades podem, também, decorrer de regras públicas, regulamentos municipais e outros que determinam especiais exigências em relação aos acessos, distâncias, configurações diversas em relação a estradas públicas, passeios e outras estruturas.

7.2.8 O dever de limpeza dos terrenos.

Trata-se de limitação de caráter misto, tal como as limitações aos poderes de gozo da coisa sensível, se alcançam por interesses essencialmente públicos e de direito privado.

[403] Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, p, 185.

O atual flagelo dos incêndios rurais impôs um severo regime excecional ao direito de vizinhança; um conjunto de limitações especiais à propriedade, até em sentido lato; abrangendo até o direito ao trabalho em épocas estivais.

As mais relevantes decorrem do decreto-lei n.º 124/2006, de 28 de junho[404], por via do qual é obrigatório o corte anual das ervas, árvores e dos arbustos em volta das habitações (estaleiros, armazéns, oficinas, fábricas ou outras edificações) inseridas nos espaços rurais.

No caso dos aglomerados populacionais (10 ou mais casas) esta faixa de proteção estende-se até aos 100 metros, sendo a responsabilidade da execução dos trabalhos os proprietários, arrendatários, usufrutuários ou outros que tenham o efetivo gozo dos terrenos.

No caso de omissão (pelo proprietário) deste dever de limpeza, compete às Câmaras Municipais (e às autarquias em geral) a realização de todos os trabalhos de gestão de combustível, em regime análogo à autotutela civil, devendo substituir-se aos proprietários ou outros produtores rurais ou florestais quando em incumprimento. (Estes deverão suportar todas as despesas resultantes da realização de tais trabalhos. Ao que acresce a responsabilidade contraordenacional.)

Estas novas regras integram o *direito de vizinhança*, desde logo porque os fogos florestais não devem dispor de massa combustível que os alimente, evitando assim o perigo de propagação para as propriedades vizinhas (salvaguardando-se pessoas e bens).

7.2.9 Construções e edificações.

O direito de vizinhança, como referido, corresponde ao conjunto de limitações dos poderes dos proprietários, titulem estes imóveis, rústicos ou urbanos.

No que tange aos urbanos; relevam as limitações ao poder de disposição, em concreto à faculdade de transformação, própria da construção licenciada.

---

[404] Com as suas nove atualizações; Decreto-Lei 15/2009 de 14 de janeiro Decreto-Lei n.º 17/2009 de 14 de janeiro, ; Decreto-Lei 114/2011 de 30 de janeiro; Decreto-Lei n.º 83/2014 de 23 de maio; Lei n.º 76/2017, de 17 de agosto; Retificação n.º 27/2017, de 2 de outubro; Decreto-Lei n.º 10/2018 de 14 de fevereiro; Decreto-Lei 14/2019 de 21 de janeiro.

Como já referido, o proprietário tem a faculdade originária de construir.[405] Mas essa faculdade de levantar edifício ou outra construção está, também, limitada por um conjunto de normas de direito civil que protegem os vizinhos contra os abusos da função económica; obstam, assim, aos atropelos dos bons costumes e usos sociais.

(***janelas e portas***)

O artigo 1360º do Código Civil, dispõe que *o proprietário que no seu prédio levantar edifício ou outra construção não pode abrir nela janelas ou portas que deitem diretamente sobre o prédio vizinho, sem deixar entre este e cada uma das obras o intervalo de metro e meio,* também aplicável *às varandas, terraços, eirados ou obras semelhantes, quando sejam servidos de parapeitos de altura inferior a metro e meio em toda a sua extensão ou parte dela.*

O direito objetivo prevê este conjunto de limitações por forma a evitar o atropelo dos bons usos e costumes; que protegem a reserva da intimidade e vida familiar, profissional e o recato de todos os que não integrem o núcleo relacional.

Estas regras impedem também o arremesso de objetos, razão pela qual estas limitações não se aplicam àqueles prédios que se encontrem separados por estradas, caminhos, ruas ou outros semelhantes.

(***frestas, seteiras e óculos***)

O *direito de vizinhança* impõe ainda uma "*quase"* exceção às referidas distâncias, permitindo as aberturas para luz e ar denominadas como frestas, seteiras, óculos e janelas gradadas, que devem ser construídas a uma altura mínima de um metro e oitenta centímetros (a contar do solo) e com dimensão igual ou inferior a quinze centímetros. As janelas devem ainda ter grades de metal, fixas, com secção não inferior a um centímetro quadrado e com malha não superior a cinco centímetros[406].

Foi referido que estas aberturas são uma *"quase" exceção* à proibição de aberturas nos prédios contíguos (em banda). Na verdade, o confinante tem o direito de levantar contramuro impedindo o efeito prático da circulação de ar ou de entrada de luz.

---

[405] *Vide supra,* p, 130.

[406] *Cf.,* artigos 1363º e 1364º do Código Civil.

(***servidão***)

A falta de reação do vizinho perante a abertura de janelas, portas ou outras, em desconformidade com as distâncias previstas na lei, ser-lhe-á francamente gravosa, pois irá permitir a constituição de servidão de vistas. É o que decorre expressamente do número 1, do artigo 1362º, do Código Civil. Do número 2 resulta ainda a consequência integrada (e lógica) da imposição de afastamento de metro e meio, em caso de nova construção, obrigando o novo prédio serviente.

Importa considerar duas situações que se identificam e referem com recurso às palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [407] "*importa referir duas situações que a lei não resolve: a) a abertura de frestas, seteiras ou óculos (...) sem as condições legalmente fixadas podem conduzir a usucapião? (...) Há quem responda afirmativamente, embora considere que o direito daí decorrente seja, tão-só, o de manter estas aberturas em condições diferentes das legais (...)* [inibindo o direito de] *levantar, a todo o tempo, edifício ou contramuro que as vede* (…) [a outra questão] (…) b) *podem os vizinhos construir uma servidão que afaste a construção de casa ou contramuro que vede tais aberturas ? também aqui a resposta é afirmativa, invocando-se que a proibição legal não é prescrita por motivos de interesse de ordem pública* ".

Concluímos que a inação do vizinho é absolutamente gravosa, permitindo a observação para o interior do seu prédio, ou seja, a constituição de servidão de vistas. Em consequência, impedindo o serviente à construção de qualquer obstáculo à vista, luz ou arejamento. Isto é, permite a remarcação, mas a favor do novo prédio dominante, criando novas extremas que, forçosamente terão que ser respeitadas em eventual nova construção, onerando o prédio *inativo* como prédio serviente.

7.2.10 O estilicídio.

O direito de vizinhança prevê a limitação às distâncias de construção por forma a evitar que o gotejamento de águas pluviais provindas das coberturas e telhados se circunscrevam ao prédio que as recebe. Para tanto os beirais destes telhados devem situar-se (ser construídos) a mais de cinquenta centímetros da

[407] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, pp, 281-282.

extrema do prédio confinante, determina a integral receção das águas pluviais que caiam naquele concreto prédio.

Trata-se de reunião de águas por ação humana, mas apenas as águas dos telhados que decorrem do gotejamento pluvial.

(***servidão***)

O número 2 do artigo 1365º do Código Civil prevê também a constituição da servidão de estilicídio; *"Constituída por qualquer título a servidão de estilicídio, o proprietário do prédio serviente não pode levantar edifício ou construção que impeça o escoamento das águas, devendo realizar as obras necessárias para que o escoamento se faça sobre o seu prédio, sem prejuízo para o prédio dominante."*

A servidão poderá ser constituída por qualquer forma ou título (convencional ou judicial -por consequência do decurso do tempo-) obrigando o prédio serviente ao escoamento das águas que receba o gotejamento do prédio dominante.

7.2.11 instalações prejudiciais.

É o perigo da nocividade para a saúde e para o próprio prédio confinante (e vizinho) que determina a proibição da construção e manutenção destas instalações. Para tanto, o número 1 do artigo do 1347º do Código Civil estatuí que; *"o proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos por lei*".

(***autorizadas***)

Na génese da proibição estará o simples perigo e não o dano efetivo, mas importa a distinção entre aquelas instalações licenciadas (administrativamente) e as não licenciadas.

No caso das referidas instalações terem sido autorizadas por lei, ou pela autoridade administrativa competente, "*a sua inutilização só é admitida a partir do momento em que o prejuízo se torne efetivo* "[408].

[408] Cf., artigo 1347º n.º 2 do Código Civil.

A exceção a este regime resulta do previsto no artigo 1347º do Código Civil, pois quando aquelas instalações perigosas estejam devidamente licenciadas pela autoridade administrativa, o mero receio de dano não será suficiente para inviabilizar a sua construção, persistência ou manutenção: para obstar a tal terá de se verificar o concreto e efetivo dano.

(***ilícitas***)

Não será pelo fato da atividade (que objetivamente causa desconforto e perigo aos vizinhos) se encontrar licenciada, que as concretas instalações podem ser consideradas lícitas; mesmo nestes casos, os lesados (em sentido lato) podem recorrer aos tribunais para defender a sua posição.

Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [409] "*o critério é objetivo, pois estão em causa conflitos de direitos reais, solucionados por relações jurídicas reais, que têm de ser funcionais para os direitos em causa* (…) *aquele que obteve uma autorização administrativa pode julgar que a atuação sobre os prédios dos vizinhos é automaticamente lícita, mas não é assim. Aos titulares lesados está sempre aberto o recurso aos tribunais comuns para defender a sua posição*".

(***responsabilidade***)

Em qualquer dos casos (autorizada ou não) o proprietário das instalações que causem o dano tem o dever de indemnizar os lesados, independentemente da sua culpa, isto é, segundo as regras da responsabilidade objetiva[410].

(***abuso de direito***)

Uma referência final ao conceito subjetivo integrado nesta norma de direito de vizinhança decorrente da expressão "*se for de recear"*.

Se for de recear que a instalação não autorizada seja suscetível de causar perigo a mesma não deve ser construída ou, quando já existente deve ser desmantelada.

Sobrevivem inúmeras questões, a título meramente exemplificativo, a "questão dos tempos", as instalações pré-existentes; não se afigura razoável que os

---

[409] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987., p, 245.
[410] *Vide supra* nota 371.

novos vizinhos, aqueles que se instalaram depois (ou mesmo muito depois) da construção daquelas instalações prejudicais venham reclamar "perigos". Afinal não podiam deixar de conhecer o "estado das coisas" de forma prévia à construção superveniente. Bem se percebe que com esta causa de pedir poderão, também, os novos vizinhos abusar do seu direito ao *justo receio*.

Serão de rejeitar sensibilidades desbalizadas e espíritos temerosos. Estes receios devem ser apreciados objetivamente e segundo a livre convicção do julgador.

7.2.12. Os fumos e ruídos.

Trata-se de uma limitação imposta pelo direito de vizinhança que se carateriza, nas palavras de MENEZES LEITÃO; [411] no "*dever de abstenção de emissões.*"

O artigo 1346º do Código Civil dispõe que; [412] "*O proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumos, fuligens, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a outros quaisquer factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam".*

A limitação do prédio emissor (*propter rem*) corresponde ao poder dos outros proprietários titulares do direito de gozo sobre os imóveis vizinhos de se oporem à emissão de fumos, ruídos e vibrações.

(***tolerância***)

O poder de oposição às *emmissio* encontra, no entanto, limites naqueles deveres de tolerância que se definem e circunscrevem no conceito de uso normal do prédio emissor; ao que acresce (ao requisito autónomo da normalidade) a objetiva não prejudicialidade das *emmissio* (apesar de não corresponder a emissão normal do prédio vizinho, não se alcança justificação à oposição àquelas emissões que não prejudiquem ou perturbem os confinantes e vizinhos.

---

[411] Luís Menezes Leitão, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p, 185.
[412] C*f*., artigo 1346º do Código Civil.

Em suma, a tolerância determina que não serão procedentes oposições às emissões (ruídos, fumos ou vibrações) que uma pessoa razoável, dotada de espírito regulado e tolerante deva aceitar, porque consciente das normais cedências que a vida em sociedade nos impõe (a todos). Só desta forma será possível obviar ao abuso de direito por parte dos vizinhos. [413]

(***utilização normal***)

A questão será saber se os dois requisitos previstos na lei ("*sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam"*); "*prejuízo substancial"* e *"utilização normal*" serão cumulativos ou alternativos. A letra da lei apresenta a formulação alternativa, conforme decorre da conjunção (*aut*) "ou"; indiciando bastar o preenchimento de uma das previsões. Não será bem assim; como já antes referido sem se verificar o prejuízo efetivo retroagiremos àqueles atos vazios que já os *aemulatio* censuravam. O artigo 334º do Código Civil impõe o princípio do regular exercício dos direitos. Note-se que não poderia deixar de ser considerado um inexplicável abuso de direito a oposição às emissões do prédio vizinho que não causem prejuízo. O prédio que receba emissões que não lhe sejam prejudiciais não se pode opor às mesmas, sob pena de abusar do seu direito; é também certo que este fato não determina aquelas emissões como licitas. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [414][com referência à posição de Menezes Cordeiro] "*questionando-se se um proprietário pode opor-se a uma emissão que lhe cause prejuízo, só porque não corresponde ao uso normal do prédio vizinho*"[415], conclui pela negativa.

(***ilicitude***)

Só serão licitas a emissões decorrentes do uso normal do imóvel, as que se enquadrem na utilidade económica da coisa. Reiterando nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; [416] *"em relação à não utilização normal do prédio de que*

---

[413] Naturalmente que o conceito de vizinho é mais amplo que confinante (o *vizinho* contiguo).
[414] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, p, 271.
[415] António Dos Santos Justo, *ibidem.*, p, 271.
[416] António Dos Santos Justo, *ibidem.*, p, 271.

emanam aqueles elementos, entende que o uso normal depende do destino económico desse prédio, que deve ser apreciado, também, objetivamente, sem prejuízo das condições e dos usos sociais. Por isso são ilícitas as emissões desnecessárias, seja qual for o dano que causem aos prédios vizinhos: tais emissões ou traduzem o uso anormal do prédio de que emanam ou envolvem um abuso de direito".

Tais emissões, quando desnecessárias, determinam o abuso da função económica da coisa e, portanto, serão (as emissões) ilícitas, porque abusivas. A censura ao abuso de direito determina esta cedência da indeterminação (dos direitos reais), perante o potencial abuso; este, em si, exterioriza um desvalor que deve ser ponderado como ilícito. Já assim era no *direito base*, atente-se ao antes referido quantos às *intromissio*. [417]

7.2. 13. Ruínas de construção.

A ordem jurídica responsabiliza todos os que têm o dever de agir por forma a evitar os danos próprios do desmoronamento de construção ou obra.

O direito subjetivo à tomada de providências, à atuação urgente e necessária por forma a afastar o perigo de desmoronamento, forma-se pela relação jurídica emergente do próprio perigo; e o direito será o de exigir o cumprimento do correspetivo dever do dono de obra. Também de todas as entidades públicas que tutelam a segurança das pessoas e bens. Desde logo os serviços Camarários[418], a Proteção Civil, Polícias Municipais, GNR e PSP (Porque todas estas, entre outras, entidades têm o dever de agir por forma a evitar acidentes graves, individuais ou coletivos.)

---

[417] *Vide supra*, pp, 58-59.

[418] C*f.*, Decreto-Lei nº 136/2014 de 09-09-2014, artigo 89º número 1; "*As edificações devem ser objeto de obras de conservação pelo menos uma vez em cada período de oito anos, devendo o proprietário, independentemente desse prazo, realizar todas as obras necessárias à manutenção da sua segurança, salubridade e arranjo estético.(...) n. 2 Sem prejuízo do disposto no número anterior, a câmara municipal pode a todo o tempo, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, determinar a execução de obras de conservação necessárias à correção de más condições de segurança ou de salubridade ou à melhoria do arranjo estético.(...) 3 - A câmara municipal pode, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, ordenar a demolição total ou parcial das construções que ameacem ruína ou ofereçam perigo para a saúde pública e para a segurança das pessoas.*"

Todas estas entidades podem ser, solidariamente, corresponsabilizadas se, devidamente informadas e, em prazo razoável, não agirem conforme decorre das suas competências.

O artigo 1350º do Código Civil, dispõe que; "*Se qualquer edifício ou outra obra oferecer perigo de ruir, no todo ou em parte e do desmoronamento puderem resultar danos para o prédio vizinho, é lícito ao dono deste exigir da pessoa responsável pelos danos, nos termos do artigo 492.º, as providências necessárias para eliminar o perigo*".

O dono da obra, solidariamente com as entidades públicas (todos) têm o dever de evitar o perigo de desmoronamento. Trata-se de uma responsabilidade subjetiva alargada que abrange inúmeras entidades; na medida do conhecimento do perigo para as pessoas que nos mesmos habitem, ou nos prédios contíguos, em alguns casos até para as pessoas que habitem nos prédios em ruínas e para os transeuntes, seja a que titulo for. Nas palavras de MENEZES LEITÃO; [419] "*trata-se de uma responsabilidade subjetiva, fundada na violação dos deveres a observar na construção e na conservação de edifícios ou outras obras*, (…) *a qual é agravada através de uma presunção de culpa. Como normalmente sucede nos casos de culpa presumida*".

Acresce que os vizinhos que receiem a derrocada, para além dos meios da autotutela, podem instaurar providência cautelar inominada que determine o afastamento do risco, conforme se alcança do previsto nos artigos 362º e seguintes do Código de Processo Civil. A *montante*, em especial aos serviços municipais, acresce a responsabilidade disciplinar, contraordenacional e penal, imputável aos organismos públicos que, conhecedores de tais riscos, não agirem por forma a evitar o resultado típico, o dano patrimonial e pessoal de terceiros.

8. A propriedade dos animais.

Os animais selvagens serão *res nullius* e, por tal, suscetíveis de ocupação.

[419] Luís Menezes Leitão, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p, 190.

Os animais podem ser objeto de propriedade. Isto significa que o proprietário goza de modo pleno direto e exclusivo dos poderes de uso, fruição e disposição das coisas animais que lhe pertencem e, de um conjunto de faculdades. As próprias ao *fim económico* da *coisa sensível*[420], *sui generis* animal.

Os poderes do proprietário, em geral, são limitados pelo princípio do regular exercício dos direitos, (artigo 334º do Código Civil) e pelos inúmeros corolários plasmados na lei.

A propriedade da *coisa sensível* resulta, também, limitada por inúmeras regras de direito público, previsões de ordem contraordenacional e penal (que têm por objeto salvaguardar o bem-estar e a vida dos animais).

A propriedade sobre os animais há muito que é limitada e por inúmeros diplomas[421] que sempre determinaram progressivas e assertivas proibições aos maus-tratos. Reitera-se; as géneses destas proibições residem no artigo 334º do Código Civil, que sempre (1966) limitou os poderes dos proprietários de animais, desde logo em função do destino económico, dos bons usos e dos costumes[422] da nossa comedida comunidade nacional.

(***ponto de ordem prévio***)

Reconheço a esta temática natureza especialmente sensível, juridicamente simples, extraordinariamente simples, mas socialmente sensível. Propensa a paixões, estigmas e preconceitos diversos (*emotiva e até própria a simpatias ou rejeições de todo o género*).

---

[420] "*Coisa sensível*" expressão que usarei para referir os animais vivos e objeto do direito de propriedade.

[421] A título exemplificativo e, ao nível da tutela pública, já em 1919, no Decreto n.º 5650 de 10 de maio, se instituía que*; "Toda a violência exercida sobre os animais é considerada ato punível"* (…)*(artigo 1.º), sendo punidos "aqueles que nos lugares públicos espancarem ou flagelarem os animais domésticos" (...) (artigo 2.º) e "aqueles que empregarem no serviço animais extenuados, famintos, chagados ou doentes" (...) (artigo 3.º), e os animais assim encontrados eram "apreendidos* [dando] *imediata entrada no hospital veterinário para aí receberem o tratamento que o seu estado carece, correndo toda a despesa por conta do proprietário do animal. ;* Resultado da petição popular de 2011, assinada por doze mil trezentos e noventa e dois cidadãos, (12.392); foram alteradas as redações dos artigos 203º a 207º, 209º a 213º, 227º, 231º a 233º, 255º, 355º, 374-B a 376º do Código Penal.

[422] Com clara referência *ao "direito dos animais"*; o subtítulo "*desenvolvimento histórico*" do Tratado De Direito Civil; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Almedina, 2019, 4ª edição, pp, 294-296.

A proposta é evoluir em conceção racional, empática e com total apego à realidade, arredado de exercícios idênticos aos que se determinam *em missão,* de forma emotiva, ou em anuência populista, social ou estética. Estes irão (*em rotura histórica e referencial*) inevitavelmente em percurso sem referências, *sem perceber de onde vêm, nem suspeitar para onde vão, in populis,* "*perderão o pé".*

Em suma, pretende-se dizer a regra, pois é esta que deverá determinar o direito escrito.

Fazendo apelo à escolástica,[423] não se abdicará da *disputatio* quanto à natureza jurídica da coisa animal, coisas sensíveis, vivas e, por tal, *sui generis,* mas levadas à relação jurídica real como objeto da mesma.

8.2 A natureza jurídico-real dos animais.

Na última década tem-se legislado compulsivamente sobre a *coisa sensível*[424] (viva).

---

[423] O método de ensino do direito dos pós Glosadores, ou Comentadores, o método escolástico nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; *" surgiu em França (Órleans) e difundiu-se em Itália (Perusa) (...) denominada de post-glosadores, comentadores ou consíliatores, que, lecionando o direito romano e canónico através do método escolástico (...) referir Bártolo, um dos maiores juristas de toda a história,(...) nemo bónus iurista, nisi bartolista" distinguiram-se (...) Cino de Pistóia, Baldo e Paulo de Castro (...) Passando por três momentos (lectio, quaestio e* ***disputatio****), o novo método (escolástico)(...) o docente lê um texto, individualiza a questão que procura solucionar: refere exaustiva e criticamente as diversas opiniões, concluindo com a sua (...) os Comentadores sentiram essa necessidade* [fundar novas soluções à escola de Irnério, Búlgaro, Martinho, Hugo e Jacobo, os glosadores,] *que sistematizaram o corpus iuris civilis em 96.000 Glosas, a Magna Glosa ou Glosa de Acúrsio, que até ao século XVIII foi aplicada como direito subsidiário, nos tribunais Portugueses (...) Essa técnica constituiu a ars inveniendi e o método utilizado pode definir-se como "analítico-problemático" porque decompõe e problematiza as soluções consagradas(...). Depois, as ars inveniendi decompõe-se sucessivamente (...) 1. Leges: são os textos do Corprus Iuris Civilis (...)2. Rationes, os argumentos (...)3. Auctoritais, são saberes socialmente reconhecidos"* António Dos Santos Justo, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico*, Coimbra Editora,2014, pp, 27-30.

[424] Nos *titulo II* do *livro I* do (criado o *subtítulo I- A*) dos artigos 201º-B, 201º-C e 201º-D, no *capítulo I* do *titulo II* do *Livro III* foi aditado o artigo 1305º-A e nos *capítulo II* do *titulo II* do *Livro III* foram alterados os artigos 1318º e 1323º, na *secção V* do *capitulo II* do *Livro II* foi aditado o artigo 493º-A, na *secção IV* do *capitulo IX* do *Livro IV* foram alterados os artigos 1733º e 1775º, na *secção I* do *capitulo XII* do *Livro IV* foi criado o artigo 1793º-A. Ou seja, resultaram aditados os novos artigos 201º-B, 201º-C, 201º-D, 493º-A, 1305º-A e 1793º-A e alterados 1318º, 1323º, 1733º e 1775º do Código Civil. Assinala-se que esta atividade legislativa se apresenta transversal ao sistema jurídico, verificando-

Entre outras, em 2014 aditaram-se (os últimos) quatro artigos ao Código Penal. Em 2017 (alterações ao Código Civil) as alterações pretenderam-se estruturais ao conceito de propriedade, em via à recomposição das alterações ideológico-positivadas, diga-se, em vão.

Estas alterações em sede de direitos reais acabaram por se esgotar, em (auto) justificação labiríntica, contendendo e sem solução, com a tradicional e geral conceção de propriedade sobre coisas corpóreas.

Estas alterações corporizam-se em técnica legislativa questionável e que se reduzem a *dois blocos ideológicos inovadores*:

i) (O primeiro) *conceção dos animais como não coisas jurídicas*; visão insuscetível de se harmonizar com o objeto da relação jurídica real, a coisa (o objeto da propriedade privada).

ii) (A segunda) *a personalização dos animais*; insinuando-se, pela via legislativa, o conceito das *pessoas não humanas animais.* [425] (Insuscetível de

---

se ainda a alteração ao artigo 736º (aditada a alínea g.) do Código de Processo Civil, e, por via da Lei n.º 39/2020 de 18 de agosto, ainda as alterações ao Código Penal, artigos 387.º, 388.º, 388.º-A e 389º, para além dos vinte artigos já anteriormente alterados em via de proteção animal, bem como, ainda, as alterações ao código de Processo Penal, em concreto os artigos 171.º, 172.º, 174.º, 178.º, 186.º, 249.º, 281.º e 374.º.

[425] Nos meios políticos, também pela voz de alguns respeitáveis eruditos (de diversas áreas do conhecimento), têm surgido a hipótese de se reconhecerem direitos e deveres aos *animais*, personalizando-os. Tratar-se-á, a concretizar-se, de ficção jurídica positivada. Não falta quem refira que no nosso ordenamento jurídico existem "*pessoas-não-humanas"*, as pessoas coletivas, mas deve-se relembrar que as pessoas coletivas são compostas por humanos e, geralmente, qualificadas para o exercício societário. Para quem *se anime* em analogia de ficção jurídica em via do reconhecimento às coisas *sui generis animal da qualidade* das "*pessoas-não-humanas*", estes devem ter presente que a conceptualização da pessoa coletiva preexistiu de fato e foi regulada posteriormente; ou seja, a ficção da *pessoa coletiva* não fugiu à *regulae iure*, pois a comunidade social carecia, económica e socialmente, de pessoas coletivas. Mas não se afigura carecer de animais com personalidade jurídica. A personalidade jurídica dos animais não será, sequer, sustentável em moldes idênticos à das pessoas coletivas, pois foi aquela que denomino de "teoria da realidade e da verdade jurídica" (significando aquelas soluções positivadas que estão em harmonia com as regulae iuris e com o pulsar da generalidade da comunidade) que determinou a personalidade da pessoa não singular; atente-se às conceções plasmadas, em uníssono, pelos Professores Cunha Gonçalves, Cabral de Moncada, Manuel de Andrade, Marcello Caetano, Paulo Cunha, Castro Mendes e Carlos Mota Pinto (e outros) que , sumariamente, justificam as pessoas coletivas da seguinte forma; "*pura e simplesmente* [a pessoa coletiva] *é um conceito jurídico, uma realidade situada no mundo jurídico, em ordem à realização de fins jurídicos(...) um mecanismo técnico (...) uma criação jurídica, mas tendo como suporte uma realidade social* " Mário Raposo, *Direitos das Pessoas*, edições Universidade Internacional, 1989, p, 15. Uma ficção jurídica que tem por suporte uma realidade social. Ora não se vislumbra fim jurídico algum compatível com a nossa tradição *romano germânica* que possa justificar a admissão dos animais à qualidade de "pessoas-não-

harmonização com a regra caraterizadora e fundamental da propriedade, a *mundividência prática*.)

(***tertia generis***)

Menezes Cordeiro identifica uma *tertia generis* entre pessoas e coisas. Temos, no entanto, como certo que ninguém poderá deixar de perceber o Direito Natural, uma vez que este é o direito que todos os seres vivos percebem. Neste sentido será, a todos percetível, que as pessoas, o conceito abstrato de "pessoas", também as pessoas coletivas, não podem incorporar, simultaneamente o conceito de alimento humano.

Dito de outra forma; a dignidade do conceito de pessoa viva ("animal" ou humana) não se compatibiliza com a sua condição de alimento de outras pessoas. Recordo que também o homem, na medida da sua condição biológica, terá a sua fundação física na condição de mamífero da espécie humana (acrescida de género) e nem por isso poderá ser jurídica, licita e socialmente, nominado de "animal" ou coisa, apesar de sensível.

(***alimento***)

É inegável que a esmagadora maioria dos animais constituem a base fundamental do alimento da humanidade (desde sempre). Concluindo-se que a personalização dos animais não será regular, entendível ou razoável, pelo menos ao mundo que é *suposto* ser regulado pelo direito, o (mundo) real.

(***descoisificação***)

Acresce que este movimento ideológico (que denomino de *descoisificação* animal) debate-se com um limite comum e incontornável; refiro-me à aplicação integral do regime das coisas aos animais, não se alcançando *regra* que os permita distinguir de coisas.

Para o direito das coisas, o que releva são os poderes de usar, fruir e dispor, sendo irrelevante a denominação. Tanto mais que os limites determinados pela fórmula

---

humanas" (*de companhia; de quinta; de abate por via da caça; de uso desportivo); Os mais humanizáveis* seriam, certamente, os que os *homens* usam para sua companhia, mas, em bom rigor não determinaria qualquer acréscimo ao bem-estar dos mesmos, seriam equiparados a pessoas incapazes, o que, convenhamos, em si resultaria classificação ofensiva aqueles seres humanos, desafortunados pela natureza, "diferentes"; **reafirma-se a convicção de que *ninguém aceitará* que as pessoas diminuídas física ou mentalmente, sejam, *juridicamente* equiparados a "*cães ou gatos*".**

negativa de Bártolo, plasmada na segunda parte do artigo 1305º do Código Civil, com a expressão "*dentro dos limites da lei*", percebem-se *extra ius in res*, para além do direito sobre as coisas.

Os limites serão os da ordem jurídica. Se nos referimos ao objeto da relação jurídica subjetiva real, a discussão será limitada às coisas, pois só estas poderão ser objeto de propriedade e, objetivamente, os animais são objeto de propriedade, por isso se denominarão de coisas *sensíveis*.

Excluindo eventual solução a legislar, fruto da qual resulte que se retirem os animais do comércio jurídico, a discussão sobre a natureza jurídica dos animais, corresponderá a mero exercício abstrato.

8.2.1 A coisa sensível animal.

Os animais são objeto da relação jurídica real, correspondem a coisas móveis, simples, fungíveis, consumíveis, divisíveis, principais ou acessórias e configuram-se, inclusive, como possíveis coisas futuras, integrando as previsões dos artigos 202º, 203º, 205º, 206º número 2, 207º, 208º, 209º e 210º *à contrário*, todos do Código civil.

Em sede de direitos reais não existe qualquer distinção jurídica entre animal e coisa.

Atualmente, tal distinção é pretendida, sugerida ou latente, mas será *apenas* semântica, o que nos determina a concluir que, nos termos do previsto no artigo 9º nº 1 do Código Civil, *o legislador de 2017*, disse mais do que queria dizer. A necessária interpretação restritiva do art.º 1305º-A do Código Civil permite concluir que a natureza jurídica dos animais será o de coisas. E assim será porque, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, os animais serão coisas porque são objeto de propriedade, tal como se afere da conjugação dos artigos 207º e 1302º do Código Civil.

O mesmo ocorre na Alemanha, pois apesar do artigo 90º-A do BGB, dispor que, *"Animais não são coisas. São protegidos por leis especiais. Os regulamentos aplicáveis às coisas devem ser aplicados de acordo com eles a menos que especificado*

de outra forma."[426] ,[427]. Nota-se que este dispositivo, apesar de determinar que os animais não são coisas, que são protegidos por leis especiais, prevê, no entanto, a (integração) a aplicação integral do regime das coisas (tal como em muitas outras legislações internacionais. A título meramente exemplificativo, a legislação austríaca [428], suíça[429], francesa,[430] e brasileira[431].[432]).

(***coisificação***)

O princípio da coisificação determina (nos termos do artigo 1302º do Código Civil) que as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto de direito de propriedade regulado no Código Civil (acrescem as incorpóreas reguladas com referência às regras do Código Civil) não se prevendo propriedade sobre pessoas, "quase pessoas, pessoas não humanas animais" ou qualquer outra figura intermédia. Só sobre as coisas.

O artigo 1303º do Código Civil prevê a propriedade sobre coisas incorpóreas, a propriedade intelectual, os direitos de autor e a propriedade industrial (sujeitos a legislação especial); tais regimes, como já referido, estarão, no entanto, subordinados às disposições do Código Civil, harmonizado com a natureza daqueles direitos (na medida em que não resultar contrariado o regime geral da propriedade).

Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO; [433] "*o princípio da coisificação abrange, em regra, todos os bens coisificáveis* (…) *tanto as coisas em sentido estrito*

---

[426] *"Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist."* (tradução livre - Animais não são coisas. São protegidos por leis especiais. Os regulamentos aplicáveis às coisas devem ser aplicados de acordo com eles a menos que especificado de outra forma)

[427] O artigo 20º-A da Constituição federal alemã consagra os deveres do estado na proteção dos animais.

[428] Em 1988 aprovou o estatuto jurídico do animal

[429] O artigo 80º consagra os deveres da Federação Helvética na proteção dos animais, declarando tal como no BGB que animais não têm natureza de coisas

[430] Que tal como em Portugal, se declara que os animais são seres sensíveis, o artigo do *Code Civil* Article 515-14 "*Les animaux sont des êtres vivants dotés de sensibilité. Sauf disposition spéciale qui les protège, les animaux sont soumis au régime de la propriété* " (os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Salvo disposição especial que os proteja, os animais são submetidos ao regime dos bens)

[431] O artigo 225º da Constituição brasileira proíbe expressamente a crueldade sobre animais; infelizmente não resulta definido o conceito de "crueldade".

[432] A legislação indiana reconheceu que os golfinhos são pessoas não humanas animais.

[433] Orlando De Carvalho, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012, p, 154.

como as coisas em sentido amplo (os direitos)". (não se percebendo exceção à regra, para além das *res nullius*)

Apesar do nosso ordenamento jurídico admitir formas especiais de propriedade, nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [434] "*o art.º 1303º não só admite que pode haver propriedade para lá da contemplada no código, como a que chama "propriedade intelectual" (a propriedade autoral, regulada no Código do Direito de Autor; e a propriedade industrial, regulada no Código de Propriedade Industrial), mas admite que lhe possa ser estendido, subsidiariamente, o regime que estabelece, o que é dizer que as admite verdadeiramente como direitos das coisas. Para lá, porém, do art.º 1303º, há que lembrar que outras coisas incorpóreas (...) como é o caso do estabelecimento mercantil, são passíveis de verdadeira propriedade - ou de verdeiro domínio*".

O princípio da coisificação não concebe a relação jurídica real com objeto diverso da coisa, seja ela coisa física ou coisificável, refiro-me a *direito dito*[435]. Atente-se aos ensinamentos dos Professores Orlando de Carvalho, Luís Menezes Leitão, Oliveira Ascensão, António dos Santos Justo e Menezes Cordeiro que, em uníssono referem que o objeto da relação jurídica real será, em exclusivo, a coisa (e não pessoas).

i) Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO*;* [436] *"o princípio da coisificação abrange, em regra, todos os bens coisificáveis (...) tanto as coisas em sentido estrito como as coisas em sentido amplo (direitos) (...) o princípio exige a presença da coisa em sentido jurídico de coisa e não de pessoas"*;

ii) Nas palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO*;* [437] "*só as coisas corpóreas podem ser objeto de direitos reais, sendo os outros bens objetos de direitos de natureza diferente";*

---

[434] Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição, *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, p, 145.

[435] Expressão de relevância extrema à objetividade do discurso do jurista; usada por ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, "***direito dito***" e que pretende afastar a subjetividade que se identifica com a expressão de "*direito falado*".

[436] Orlando De Carvalho, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012, p, 154.

[437] Luís Menezes Leitão, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019. p, 55.

iii) Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO*;* [438] "*que tipo de bens podem ser objeto de direitos reais? na doutrina portuguesa considera-se, unanimemente, que só as coisas* [o tipo de coisas] *o código não responde, porque não tem nenhum capítulo dedicado ao direito real em geral*".

iv) Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO*;* [439]. "*este princípio* [da coisificação] *determina que o direito real deve versar sobre coisas e não sobre pessoas ou bens não coisificáveis* (…) *embora sejam coisas stricto sensu, não só as coisas físicas ou corpóreas, mas também as coisas incorpóreas, são, igualmente passiveis de verdadeira propriedade e de outros direitos reais, restringimos os objetos dos direitos reais às coisas corpóreas* ".

v) *Nas palavras de MENEZES CORDEIRO;* [440]. *"coisas corpóreas têm existência exterior, sendo percetíveis pelos sentidos. Pelo contrário as incorpóreas correspondem a meras criações do espírito* (…) *o código civil pressupõe na presente classificação* (…) [artigo 1302º] (…) *o ser humano pode controlá-las, com ou sem base jurídica, excluindo os seus semelhantes de fazer outro tanto. Em suma: as coisas corpóreas são suscetíveis de posse* (…) *as coisas corpóreas abrangem, desde logo, as porções limitadas de matéria em estado sólido* (*líquidos e outros*)."

Para os direitos reais, tratando-se de coisa (passível de comércio) será objeto da relação jurídica real.

A distinção é simples, ou é *res nullius* ou não. Não sendo *res nullius,* a coisa será propriedade de alguém. Neste particular, à relação jurídica real apenas relevam os meios de aquisição e perda da propriedade e os limites impostos ao proprietário pela natureza *sui generis* da coisa sensível.

Para os que rejeitam estas soluções tradicionais e práticas, do *direito base,* que esclareciam que "*as coisas de direito humano ou são públicas ou privadas* (…) *coisas privadas são as que pertencem aos particulares* (…) *umas são corpóreas, outras incorpóreas* (…) *São incorpóreas as que não se podem tocar, tais são as consistentes*

---

[438] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, p, 50.

[439] António Dos Santos Justo, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019, p, 37.

[440] Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Almedina, 4ª edição, 2019, pp, 168-169.

em direito" [441]. E preferem as *extraordinárias* construções, em teoria geral dos positivistas, verifiquem que mesmo na abrangente conceção da *relação jurídica real* de *KELSEN,* o objeto da relação jurídica (real) sempre será a coisa e não qualquer outra realidade.

Nas palavras de HANS KELSEN; [442] "*define-se aquele* [direito *in res*] *como o direito de um individuo dispor por qualquer forma de uma coisa determinada,* (...) [sem se perder de] *de vista que aquele direito* (...) *consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição*(…) ***a relação com a coisa*** (…)[já no contexto da relação principal] *é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária*(…) *o direito real subjetivo por excelência,* (…) *é o direito de propriedade*".

Os animais, apesar de seres sensíveis serão, invariavelmente, coisas de direito. Sendo de *r*ejeitar, ao mundo prático e real, a insinuação que resulta do atual artigo 1305º-A do Código Civil que os animais não são coisas. Curiosamente também para os que assim não o entendem, serão coisas, pois aos animais aplica-se, em sede de direitos reais, integral e invariavelmente, o regime das coisas. Como sempre o foram, serão coisas *sui generis e sensíveis*; únicas no seu género, porque vivas.

Houve um tempo em que também algumas pessoas foram coisas, pois, tal como os animais, integravam o objeto da relação jurídica real, refiro-me aos escravos, à *coisa horrível*, aquelas coisas que correspondiam às pessoas privadas de liberdade e remetidas à propriedade de outrem, os escravos.

(***coisas sensíveis***)

Acresce que os animais são coisas vivas e sensíveis; mas a verdadeira precessão desta realidade não resulta da sua proclamação jurídica *pós 2017*, mas sim do Direito Natural (todos percebem, naturalmente, os animais como vivos e sensíveis).

---

[441] *Cf.,*, D I, 8, 1.

[442] Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 7ª Edição, Martins Fontes, 2006, pp, 145-146

Não se critica esta adequação da lei à regra, mas assinala-se a redundância, percebendo que esta serve, em exclusivo, como alavanca à pretendida desconsideração dos animais como coisas de direito. No entanto, trata-se de uma mera questão semântica.

Acresce que a compreensão dos animais como *seres sensíveis*, resulta do próprio Direito Natural. O mesmo se diga da compreensão dos animais como *seres sensíveis;* nenhum destes segmentos de vida carece de proclamação legal; estes "não resultam da lei", antes da *auctoritais, d*os saberes socialmente reconhecidos, da *communis opinio,* (aqueles) que sempre serviu à *regra* pela qual o direito se deve guiar[443].

Percebe-se (e explicou-se) a redundância da declaração plasmada no artigo 201º-B e a incongruência (não há outra forma de os qualificar) plasmada no artigo 1305º-A, ambos do Código Civil[444].

(***abrangência***)

---

[443] Servia já no Século XIII à escola dos Comentadores, integrava à técnica das *ars inveniendi.*

[444]A irrelevância semântica (em sede de direitos reais) é de tal ordem que se afigura incontornável e indesmentível que a jurisprudência a ignora totalmente. A título meramente exemplificativo, atente-se ao regime da ação de reivindicação da propriedade, antes e depois das alterações de 2017, entre muitos, os **acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães**, (no processo nº 73/09.0 TBAVV- A. G. 1 de 20.10.2009, disponíveis na internet, /www.DGSI.pt/) de 2009 e 2018, (antes e depois das alterações legislativas de 2017 - constatando-se que o aditamento do artigo 1305º-A, insinuando regime diverso entre coisa e animal – resulta totalmente irrelevante);

i) "*Na ação de reivindicação, o pedido de reconhecimento do direito de propriedade não goza de independência do pedido de* <u>*restituição da coisa*</u>*, sendo um mero pressuposto deste pedido*» (2009)

ii) "*A ação de reivindicação é uma ação real, petitória e condenatória, destinada à defesa da propriedade, sendo a respetiva causa de pedir integrada pelo direito de propriedade do reivindicante* <u>*sobre a coisa*</u> *reivindicada e pela violação desse direito pelo reivindicado (que detém a posse ou a mera detenção desta). O pedido é o reconhecimento do direito de propriedade do reivindicante* <u>*sobre a coisa*</u> *e a restituição desta àquele.* No processo nº 75/15.8 T8TMC. G. 1 de 05.04.2018.

A consolidar-se a pretendida individualização de conceito, (*em desconsideração do animal como coisa*) determinaria, no limite, a reivindicação da propriedade do animal como inexequível,[444] determinando-o a *res nullius*, ou mesmo insuscetível de apropriação, quiçá tutelada analogicamente pelas regras públicas que defendem a liberdade das pessoas. ;Não se desconhece o teor do artigo 201º-D do Código Civil (*que determina a aplicação subsidiária aos animais do regime das coisas*) no entanto, e como já referimos, não pode ser tratado por igual o que é, por essência, diverso, e vice-versa, pois se coisas e animais são, por essência, idênticos, desentende-se (*para além de questões de estética conjuntural*) diferenciação conceitual em sede de direitos reais.

Acresce que a terminologia *animal* corresponde a uma realidade imensa[445] e demasiado abrangente; tão imensa que, naturalmente só exclui a realidade vegetal e juridicamente a realidade humana.

Não será desta abrangência que se poderá retirar regra que permita uma melhor regulação da proteção dos animais de companhia, seres que pela sua função, indiscutivelmente deverão ser "mais e melhor" protegidos contra algumas inaceitáveis práticas que, ainda hoje, no século XXI se verificam. Atente-se à forma como são comercializados por verdadeiras "redes" internacionais de tráfico animal; a forma como são abatidos os cachorros que "não servem"; a forma como são abandonados nas épocas estivais; como são violentamente "treinados" e muitas outras que pela abrangência ideológica e "desnorteada" se determinam em completa ineficácia.

Em suma, a abrangência deve ser considerada como avessa à *regra*.

Os animais devem classificar-se segundo a sua natureza e tipo, segundo a sua função económica, (a proposta):

i) Animais de quinta; (os que se destinam à reprodução e produção de ossos, peles, leite e carnes, que se destinam a ser abatidos para que nós humanos, nos possamos alimentar.)

ii) Animais de capoeira; (todos os que que destinam à reprodução e produção de ovos e se destinam a ser abatidos para que nós, humanos, nos possamos alimentar)

iii) Animais semi-bravíos; (aqueles que, entre outros, como pombos e rolas domésticas, abelhas e outros que regressam à propriedade e se propagam livremente; e que se destinam a produzir o nosso alimento.)

iv) Animais de costume comunitário; (entre outros; como os touros de arena, os pombos de abate, as espécies cinegéticas criadas em cativeiro, os cães de caça, os cães de corrida, as aves de rapina de caça e cetraria, que só existem porque criados com o intuito de servirem aos costumes ancestrais e comunitários e que, cumulativamente servem ao nosso alimento ou para o capturar.)

---

[445] Só com referência aos bovinos e aos suínos que, em 12 de maio de 2020, estavam registados em Portugal 1.675.000 bovinos, 1 875 110 suínos, fonte INE on line, aos que acrescem milhões de caprinos, ovídeos e biliões de aves, galináceos, perus, e, ainda os criados em explorações de aquacultura… (fonte INE) disponível na internet; https://ine.pt/xportal/ xmain? Xpgid =inemain&xpid=.

v) Animais de guia e guarda; (como os cães que permitem a deslocação dos invisuais e os que salvaguardam a proteção de pessoas e bens.)

vi) Animais de companhia; (cães, gatos e aves sonoras -e **só estes, pois** não se percebendo como cobra ou suínos o possam ser- seres adoráveis que servem à companhia do *homem*.)

Tratando-se de forma diferente o que é diferente e percebendo-se que, naturalmente, os animais não titulam direitos alguns (é a comunidade que tem o interesse difuso de afastar os comportamentos cruéis, também para com os animais) correspondem a coisas de direito que, todos (a nossa temperada comunidade nacional) há muitos anos protegem contra práticas desconformes aos nossos bons costumes e usos sociais, diga-se, verdadeira referência para muitos ordenamentos jurídicos ditos "civilizados".

8.3 – A expressão; "*direitos dos animais*".

Trata-se de expressão (ideologicamente pretendida) propagada pelos "*média*";[446] "os *direitos dos animais"*.

No entanto esta expressão é juridicamente (profundamente) incorreta, mas não inconsequente, pretende-se e propaga-se com intuito de indução social, corporizando o conhecido conceito (impróprio ao direito de propriedade) de "*propaganda ideológica*".

Só as pessoas são titulares de direitos; os animais, como antes referido, não são pessoas, apenas o objeto da relação jurídica real.

Na relação de propriedade, o direito subjetivo por excelência, os animais não assumem a posição sujeitos da relação jurídica, mas sim de objeto da mesma relação jurídica. Como já sobejamente referido; o objeto da relação jurídica real é *a coisa*.[447]

---

[446] Expressão com que somos verdadeiramente "bombardeados" pelos meios de comunicação social da capital do nosso País.

[447] Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [o] "*conceito de direito real é também um tema de teoria geral*. (…) e que *os direitos reais preenchem uma categoria de direitos subjetivos, tal como os créditos, os direitos de personalidade, os direitos potestativos, os direitos de exclusivo e outros" Oliveira Ascensão, Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, p, 53.

O direito subjetivo do titular da relação jurídica real (sujeito) corresponde ao direito de gozo do proprietário, corporizado pelos poderes de uso, fruição e disposição sobre a coisa, (com as respetivas faculdades) com exclusão de todos os demais [448] que têm o dever geral de se absterem a atuar por forma a perturbar estes poderes (e respetivas faculdades).

Percebe-se que a *coisa sensível*, tal como qualquer outra coisa, não titula quaisquer direitos, objetivos ou subjetivos.

Dir-se-ia que, juridicamente, "*os animais têm o direito a serem bem tratados*". Em bom rigor não têm esse direito, aliás, em bom rigor, não têm direito algum. Desde logo porque o regular tratamento dos animais não corresponde a um qualquer direito titulado por estes, mas a uma legitima expectativa da comunidade nacional.

São as pessoas (individual ou socialmente consideradas) que titulam o direito que os animais sejam tratados de forma regular e consentânea ao fim económico que lhes está adstrito.

E tanto assim é, que o direito subjetivo existe na pessoa a quem é reconhecido um poder para a realização de um interesse seu. Nas palavras de MÁRIO RAPOSO; [449] "*pode-se considerar que existe um direito subjetivo sempre que é reconhecido diretamente a uma pessoa (em sentido técnico) um poder (jurídico) para a realização de um interesse seu*"[450]. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [451] "*a hipótese de se reconhecerem direitos aos animais e, eventualmente alguns deveres (...) admiti-los como pessoas não humanas (...) coloca desafios jurídico-científicos que, de momento,*

---

[448] Refiro-me à eficácia *erga omnes* dos direitos reais; da taxatividade prevista no artigo 1306º do Código Civil; da sequela (caraterística dos direitos reais) por via da qual o titular pode acompanhar a coisa (perseguição ou seguimento do direito real sobre a coisa que constitui o seu objeto) independentemente das suas vicissitudes, onde quer que ela se encontre. Causa de pedir da ação de reivindicação (prevista no artigo 1311º Código Civil) que permite ao titular do direito real de gozo obter o reconhecimento do seu direito e a restituição do que lhe pertence; da prevalência, que se consubstancia na prioridade dos direitos reais sobre os direitos de crédito e também sobre os direitos reais constituídos posteriormente quando total ou parcialmente incompatíveis com o anterior *Cf.*, artigo 408 n.º 1 do Código Civil.

[449] Mário Raposo, *Direitos das Pessoas*, Edições Universidade Internacional, 1989, p, 50.

[450] É certo que a relação jurídica se pode conformar sem um dos sujeitos (*os titulares da herança jacente, a doação mortis causa a nascituro ou a concepturo não determina a extinção da relação jurídica*) mas esta só poderá ser integrada por pessoas, só estas poderão ser as titulares de qualquer direito, razão pela qual se conclui que os animais não titulam qualquer direito.

[451] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Almedina, 4ª edição, 2019, p, 314.

não parece possível ultrapassar [acresce que também] *não parece que uma personificação envolvesse, por si, uma proteção mais adequada.* "

(***tratamento regular***)

O regular tratamento da coisa sensível impõe-se, seja por imperativos legais de ordem pública, seja pelo *princípio do uso regular dos direitos*.

Determinam-se nos limites de ordem social e até religiosa e percebem-se quase naturalmente; impedem os abusos do gozo daquelas coisas *sui generis sensíveis*, obstando ao tratamento de forma ofensiva à sensibilidade da comunidade, aos bons costumes cristãos (que correspondem aos nossos efetivos costumes gerais, independentemente do credo de cada qual). São avessos a crueldades, mas aceitam os sofrimentos impostos, até a morte do animal, quando tais sofrimentos sejam adequados e necessários ao fim económico da *coisa sensível*. Em suma, obstando ao abuso do fim económico do desfrute da coisa sensível.

Os maus-tratos (e outros) que o animal possa (e não deva) sofrer, correspondem a direitos titulados de forma objetiva pelos membros da comunidade e não pelos animais; (direito objetivo) e na concreta medida da legitimidade ativa na *lide*. Os animais não têm personalidade jurídica nem legitimidade ativa ou passiva. Em consequência, naturalmente, não se poderá afirmar que têm direitos.

Reitera se que serão os membros da comunidade, singular ao coletivamente considerados, que terão a *expetativa*, o *interesse* e, em última análise, o direito de que as coisas sensíveis sejam preservadas aos maus-tratos desnecessários. Sempre assim ocorre quando o direito de um é diretamente protegido pelos deveres de todos os demais, nas palavras de HANS KELSEN; [452]. "o *direito subjetivo de alguém* [tal como o direito de propriedade corresponde] *é o reflexo do dever jurídico de outrem* (…) *quando um interesse é protegido através do dever.* "

Os proprietários das *coisas sensíveis* têm o dever de não lhes infligir *maus-tratos* desnecessários; este dever corresponde ao dever geral dos proprietários de não abusar da função económica da coisa. Como todos compreendem, o proprietário da coisa sensível tem o poder de lhe infligir dor e até a morte. Questão será que tais atuações sejam inevitáveis, atendendo ao fim que determina e justifica aquele concreto direito de gozo exclusivo.

---

[452] Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 7ª Edição, Martins Fontes, 2006, p, 149.

A Entidade que desenvolve experiências médicas com recurso a pequenos mamíferos não poderá deixar de causar dor aos mesmos, esta dor não poderá deixar de se classificar como um desconfortável maltrato; o mesmo se diga do proprietário dos animais de quinta (carne e leite) que, no limite, terá que os abater por forma a vender as carcaças.

Estas atuações serão lícitas na medida em que a manipulação dos corpos vivos seja efetuada com a mínima tensão sensorial e dor (possíveis). Será esta a conceção ideal de *mínimos maltratos* e ausência de *tratamento cruel*.

(***tratamento cruel***)

O conceito de tratamento cruel é também, em si, um conceito subjetivo; como qualquer conceção jurídico-social determina-se e compreende-se (de forma evolutiva) em determinado momento, na *história dos homens*. A título meramente exemplificativo atente-se que, se hoje (indiscutivelmente) consideramos que a morte do ser humano corresponde a uma crueldade, na verdade nem sempre assim foi e, nem por isso, se afirma que o homem fora desprovido de proteção no passado como se propaga em relação à denominada "defesa animal".

Tempos *houve* em que infligir a morte (rápida) correspondia a um ato de piedade, sinónimo de (maior) evolução judiciária; a forma de infligir a morte, historicamente sofreu alterações em vista a sua "*humanização*", sendo paradigmático o conceito de *morte piedosa* determinada pelo médico Joseph Ignace Guilhotin quando, nos tempos da revolução francesa (1789; ainda hoje considerado marco fundamental e de referência racional indiscutível !), que implementou a decapitação humana pelo mecanismo da guilhotina.

Será hoje incompreensível que alguém afirme que infringir a morte (seja como for) a um ser humano, por decapitação (guilhotina) corresponde a um comportamento piedoso. No entanto, *no bem próximo* século XIX esta "morte" foi acolhida (na mais evoluída das civilizações) como um ato de avanço civilizacional, de piedade incontestável. Substituía o enforcamento e a decapitação por machado e até o esquartejamento por quatro (tantos quantos os membros humanos) animais de carga.

Serve este pequeno *aparte* para expor a seguinte conclusão; as conceções humanas deverão ser avaliadas em perspetiva.

Aqueles que afirmam que no passado os animais foram "mal tratados", ou que a ordem jurídica não se opôs a comportamentos cruéis (o que não corresponde à verdade) olvidam, ou não querem perceber, que o conceito de *maus-tratos* é subjetivo, porque corresponde a conceito de entendimento humano determinado em perspetiva, valorados com referências atuais, mas com base analítica em concreta época passada!... corresponde também a conceito decorrente de censura do *comportamento alheio* que evolui com *os tempos*; diga-se que de forma progressiva e (pretende-se) irreversível. (Reitera-se; gramaticalmente *evoluir* significa uma sucessão de acontecimentos, nem sempre no sentido positivo.)

Os *maus-tratos* relevantes, para efeitos de delimitação do direito de propriedade, serão aqueles que o homem médio percebe como tais. Questão será perceber, na atualidade, *quanto* se deve limitar, por forma a não pôr em causa o aproveitamento económico da *coisa sensível*, o próprio direito de propriedade sobre os animais (?) e por forma a não subverter em desarmonia um ordenamento jurídico (coisas) com chancela de sabedoria prática e efetiva, aquela que só os tempos passados validam e oferecem ao instituto.

O tratamento cruel será, pois, aquele de que o aproveitamento económico da coisa sensível não careça.

(***os animais com direitos***)

Evoluir em conceção diversa; pretendendo implementar "direitos titulados pelos animais", significa, invariavelmente, estender as fronteiras da teoria geral da relação jurídica e dos direitos de personalidade (a limites insustentáveis) em determinação da personalidade jurídica dos animais.

Mas que "*ninguém se engane"*, não deixa de ser possível atribuir direitos e deveres aos animais. O *"legislador não tem limites"*, já o demonstrou com as alterações ao Código Civil de 2017.

MENEZES CORDEIRO refere que;[453] [admiti-los, aos animais, como "*pessoas-não-humanas*"] "*coloca desafios jurídico-científicos que, de momento, não*

[453] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Almedina, 4ª edição, 2019, p, 314.

parece possível ultrapassar. "Permito-me acrescentar que o *momento* em que tal for possível terá consequências.

Ou seja; é possível que, tal como sucede com os incapazes humanos, também os animais titulem direitos e deveres. Mas, para que se perceba de forma clara as consequências de tal desidrato, antes de mais (extraordinariamente) determina-se a equiparação dos humanos *diferentes* (os biologicamente incapazes) a cães, gatos, porcos ou vacas; além disso, os "primeiros passos" dessa ficção serão:

1º) ***a extinção da "escravidão animal";*** implicaria devolver todos os animais (incluindo os de companhia) à liberdade, convertendo-os em "*não coisas"* pois haveriam de estar presos e submetidos aos donos (?) (se não são coisas!), sem donos seriam insuscetíveis de apropriação. Desta forma (e **só desta**) seriam os animais retirados à relação jurídica real, seriam então livres. Sem dono, tal como as pessoas (humanas) só poderiam ser privados da liberdade por força de censura penal, quiçá, impondo-lhes medidas de segurança, pois como "incapazes" estar-lhes-ia vedado a aplicação de penas.

2º) (o segundo passo indispensável) Seria ***proibir o consumo;*** de carne, de leite, ovos e todos os alimentos compostos e derivados do corpo dos animais, aqueles que, então resultariam da "ilícita exploração animal".

Para "todos os que o acham possível", sobre tudo para os que acham que a sociedade em geral (porque "falamos" de propriedade) o considera económica, cultural, social ou medicamente possível (?) devem prosseguir. Devem reiterar no denominado "*direito animal"*. Mas, por questões de equidade, honestidade intelectual e até de coerência, deverão incluir no escopo de tais inovações, abrangendo também a proteção dos peixes e das plantas. Afinal, também estes são seres vivos e sensíveis. Por fim dever-se-á esclarecer sobre a componente da (nova) base alimentar a adotar em Portugal e, quiçá, no mundo.

8.4 As limitações ao direito de propriedade animal.

Os limites à propriedade animal serão de ordem mista, de direito privado e (essencialmente) por razões de ordem pública, caso contrário não mereceriam proteção

pública, nos termos do previsto no artigo 40º número 1 do Código Penal que, consabidamente, visa a proteção de bens jurídicos relevantes (por referência ao artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.)

Sendo o direito de propriedade o direito subjetivo por excelência,[454] percebe-se que os poderes de usar, fruir e dispor do animal, sejam limitados também, por razões de interesse e direito privado, devendo balizar-se tal aproveitamento no princípio do regular exercício dos direitos.

(***a função económica***)

A base e fundamento às limitações, em comum com as restantes coisas (também com as inanimadas) aos poderes dos proprietários da *coisa sensível* radicam no abuso da função económica, percetível no direito objetivo e nos bons costumes e usos sociais.

Será o instituto do abuso de direito que determina como *ilegítimo o exercício do* direito de propriedade quando tal exceda manifestamente os limites impostos pela função económica e bons costumes e usos sociais.[455]

---

[454] *O direito de propriedade é o direito subjetivo por excelência*; a teoria do direito subjetivo (tema clássico da teoria geral do direito civil) em traços gerais pode ser esclarecida como aquela faculdade legal que pertence ao sujeito, de exigir dos demais o cumprimento da norma positivada, do direito objetivo que lhe confere vantagem. Por sua vez, o direito objetivo não pertence ao sujeito; constitui-se como objeto da norma que deve ser geral e abstrata. A norma ou obriga, ou permite ou proíbe fazer, ou omitir (*facere* ou non *facere*) determinado comportamento humano, - conduta- (normas de permissão, proibição ou de obrigação) trata-se de um direito objetivo, sem qualquer elemento volitivo, corresponde ao conteúdo da norma (o direito objetivo será, assim, o objeto da norma.) O direito subjetivo corresponde à materialização do direito objetivo (deslocação do objeto para o sujeito), corresponde ao uso (facultativo) do direito que resulta declarado por aquela norma abstrata, pelo concreto sujeito da relação jurídica; ou seja, a faculdade do efetivo exercício do direito objetivo pelo sujeito. Uma referência muito breve às três teorias clássicas sobre o objeto do direito subjetivo (o que é protegido pelo direito subjetivo) as três teoria principais são a teoria da vontade de **Savigny e Windscheid** (o direito subjetivo protege a vontade do sujeito que terá a faculdade de agir em via ao efetivo exercício do direito); **a teoria do interesse de Ihering** (o direito subjetivo protege o interesse do individuo, defendida por Ihering; percebe irrelevância na vontade do individuo, o direito subjetivo não protege a vontade mas sim o interesse do individuo) e a t**eoria de Eclética de Georg Jellinek** (que percebe o direito subjetivo em função da proteção da vontade e do interesse do individuo; o interesse só pode ser protegido se o sujeito manifestar a sua vontade).

[455] O discurso do Professor (*então* Ministro da Justiça) Antunes Varela na apresentação do Código de 1966 à Assembleia Constituinte esclareceu o sentido das expressões plasmadas no artigo 334º do Código Civil – *boa-fé*; *bons costumes*; *fim social ou económico*; *manifestamente*; (conforme resulta dos Acórdãos do STJ de 21 abril de 1972 *in* BMJ, n.º 216, páginas 173; Acórdão do STJ de 21 de novembro de 1972 *in* BMJ., n.º 221, página 253; Acórdão do STJ de 15 de abril de 1975 *in* BMJ,

(***regular exercício dos direitos***)

Os corolários do *princípio do regular exercício dos direitos*, decorrentes da censura do abuso (artigo 334º do Código Civil) são inúmeros[456]. Também no que se

---

n.º 246, página. 138). "*Menos apertado é o círculo de limitações traçado em volta da figura do abuso do direito (artigo 334.º), mas algumas nela se encontram também. Primeiro, não pode taxar-se de ilegítimo qualquer uso do direito que colida com o sentimento de justiça do julgador, mas apenas o que exceda os limites impostos objetivamente ao exercício do respetivo titular. Depois, nem todas as considerações de ordem ética interessam à legitimidade do exercício do direito, mas apenas as ditadas pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim económico ou social desse direito. E como esta restrição pudesse não bastar para prevenir uma excessiva intervenção do tribunal na vida de certas relações, a lei exige ainda que haja um excesso manifesto - como quem diz indiscutível, franco, claro - dos tais limites impostos ao exercício do direito.* (…) "*Mas a consagração mais expressiva da função social da propriedade, feita em tese geral, é a que resulta da noção do abuso do direito (artigo 334.º) (...) Na sua aparente simplicidade, o artigo 334.º do novo código - o tal que define o abuso do direito - constitui, na verdade, um manancial inesgotável de soluções, através das quais a jurisprudência pode cortar* (…) *muitos abusos, harmonizando os poderes do proprietário com as concepções actuais e futuras acerca da propriedade*." Concluindo que; "*foi por nós explicado que as limitações ao poder absoluto do proprietário, através da qual se nota a crescente limitação dos fins individuais aos interesses superiores da coletividade, têm o seu campo natural de implantação no canteiro do direito administrativo e não nos domínios gerais do direito civil*";" Disponível na internet; https://debates.parlamento.pt/catalogo/ r2/dan/ 01/09/02/043/ 1966-11-26?sft=true#p75 9 (pp, 768-770); A expressão contida no artigo 334º do Código Civil, "*fim social* " significa (em interpretação literal e histórica expressa) que o exercício do direito subjetivo do proprietário (os seus poderes de proprietário) estarão limitados ao *fim económico* de desfrute da coisa, necessariamente alheados de atos vazios ou asténicos, de acordo com a moral e bons costumes, isto é, de acordo com o *fim social* comportado pelos bons costumes da coletividade, do social.

[456] Em brevíssima referência à figura do abuso de direito, definido no artigo 334º do Código Civil ("Acórdão do STJ, de 21.9.93 (…) *«é uma cláusula geral, uma válvula de segurança, uma janela por onde podem circular lufadas de ar fresco, para obtemperar à injustiça gravemente chocante e reprovável para o sentimento jurídico prevalente na comunidade social, à injustiça de proporções intoleráveis para o sentimento jurídico inoperante em que, por particularidades ou circunstâncias especiais do caso concreto, redundaria o exercício de um direito por lei conferido; existirá abuso de direito quando, admitido um certo direito como válido em tese geral, aparece, todavia, no caso concreto, exercitado em termos clamorosamente ofensivos da justiça, ainda que ajustados ao conteúdo formal do direito; dito de outro modo, o abuso de direito pressupõe a existência e a titularidade do poder formal que constitui a verdadeira substância do direito subjetivo, mas este poder formal é exercido em aberta contradição, seja com o fim (económico e social) a que esse poder se encontra adstrito, seja com o condicionalismo ético jurídico (boa fé e bons costumes) que, em cada época histórica, envolve o seu reconhecimento" (...). O abuso de direito retrata, pois, uma atuação contrária ao sistema, na sua globalidade; daí que o exercício ilícito ou indevido, para alem de contrariar normas de Direito estrito seja, ainda, abusivo"* disponível na internet; http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=158073 1) como: (a INTERPRETAÇÃO da letra da lei) "é *ilegítimo* o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito"; ***ilegítimo*** será o exercício do direito que se revele *ilícito,* porque contrário á lei; ***direito*** no sentido de exercício de um direito subjetivo ou *posição jurídica*; ***manifestamente*** no sentido de *clara* e *indiscutível*; os ***limites impostos pela boa-fé***, comportamento individual com referência no cumprimento da *tria*

refere às limitações de gozo da *coisa sensível* se vislumbram e, em todas elas se percebem, a proteção do animal vivo contra os maus-tratos (a diversos níveis).

Já os princípios gerais do *direito base* determinavam, de forma prática, a censura aos abusos de direitos. A conceção correspondia *àquelas censuras* que

---

praecepta iuris (*vide* - Sebastião da Cruz, Direito Romano (ius Romanum) introdução e fontes, 4ª edição, Coimbra, 1984, pp, 12-13); ***bons costumes ou pelo fim social ou económico*** *desse direito*, com referência na eticidade própria e comum da sociedade.; (ORIGENS): a expressão "abuso de direito" resulta do direito francês pós revolução (o *Code Civil* de Napoleão concebia o direito subjetivo de exercício livre e ilimitado, sem referência alguma ao abuso de direito); já no século XX (1903) Marcel Planiol afirma que; "*o direito cessa onde começa o abuso do direito*" (*Traité Élémentaires d`Droit Civil*, 3.ª ed. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1903, pp, 283-284) redesenhando o *princípio do regular exercício dos direitos*. Mas a origem circunscreve-se no direito romano com referência aos denominados *aemulatio ictus* (apesar da nominação "*aemulatio ictos*" ser medieval – Séc. XIII) Escola dos Comentadores) que correspondia àquelas atuações (dos proprietários dos *fundi*) que mereciam a censura por se constatarem como "*atos vazios*" de utilidade económica e que, cumulativamente, se determinavam pelo *animus nocendi*. Não se pode olvidar que na origem da atual teoria do abuso de direito será fundamental, precisamente, essa distinção, a não cumulação dos requisitos "*atos vazios*" e "*animus nocendi*" para se perceber a ilicitude própria do conceito de abuso. No final do Sec. XIX o artigo 226º do BGB estatuía a inadmissibilidade daqueles atos imbuídos de *animus nocendi*; o artigo 886º do BGB impunha a obrigação de indemnizar por parte do autor daqueles atos que, mesmo sem *animus nocendi*, de forma "chocante" causava danos a terceiros, com clara referência às regras da boa-fé; (a EVOLUÇÃO no direito Português) no artigo 13º do Código (do Visconde) de Seabra (1867) previa-se que do exercício do direito próprio não pode, por definição, resultar abuso. O Código Civil de 1966 prevê o abuso de direito no artigo 334º; (TEORIAS) negacionistas ou negativistas; externas – subjetivas e objetivas; internas ou afirmativas, que, atento ao objetos do presente estudos se remetem em detalhe para a obra de FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *Abuso De Direito*, Almedina, 2005, pp, 192- 318; (FORMAS) *venire contra factum proprium*, (tutela o valor da confiança) será ilícito porque aproveita as circunstâncias inadequadas criadas pelo que as alega em seu proveito, trata-se, em geral, da censura adstrita ao conceito de "ratoeira processual"; inclui aquelas situações da *inegabilidade formal* que se traduzem em prerrogativa processual de facto, em geral associada ao aproveitamento abusivo do negócio nulo por parte de quem tem legitimidade para a arguir e que só o fará quando deixar de ter interesse na manutenção do negócio. Inclui ainda o *tu quoque* (tutela a materialidade) na medida do aproveitamento material da reação típica material e processualmente relevante; *Supressio*, censurável (abusivo) porque o exercício de um direito durante determinado tempo não pode resultar, em determinado momento, contrário às regras da boa fé contratual por forma a obstar a determinada prestação, neste sentido o Acórdão do STJ de 5 de agosto de 2018 (processo número 10855/15.9T8CBR-A.C1.S1) "*O abuso do direito – art. 334.º do CC –, na modalidade da supressio, verifica-se com o decurso de um período de tempo significativo suscetível de criar na contraparte a expectativa legítima de que o direito não mais será exercido*." (disponível na internet; http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/120e0fb6ee6d2d9f802582a4003ba4ca? OpenDocument); *desequilíbrio de exercício*, naquelas situações em que se verifica um evidente abuso desse desequilíbrio entre o exercício de um direito e os seus efeitos, tal como se verifica do aproveitamento da posição negocial nos negócios simulados. Atente-se no sumário do Acórdão do STJ número 387/1993.S1 de 18 de março de 2010 "*tem-se em conta que a desproporcionalidade, ultrapassados certos limites, é abusiva, defrontando a boa-fé. Fazendo apelo a redução dogmática do desequilíbrio no exercício, consoante as circunstâncias, ora ao princípio da confiança, ora ao da primazia da materialidade subjacente.*" Disponível na internet; http://bdjur.almedina. net/ item. php?field=node_id&value=158073 1.

posteriormente seria nominada pela Escola dos Comentadores como a teoria dos *atos emulativos*. Nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [457] "*que condenava a violação objetiva e subjetiva de valores jurídico, fonte remota que serviu de base ao fim económico e social relevante".*

Em termos práticos o eventual excesso de exercício dos poderes deve ser aferido dentro da *concreta* atuação do *concreto* proprietário, de acordo com os bons costumes e sempre enquadrado com o *concreto* interesse económico na propriedade do *concreto* animal. ("concreto", pretende-se realçar que a análise é casuística.)

Nas palavras de ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA; [458]. " *os tribunais só podem fiscalizar a moralidade dos atos praticados no exercício de direitos ou a sua conformidade com as razões sociais ou económicas que os legitimam, se houver manifesto abuso*(…)*para determinar os limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes, há que atender de modo especial às conceções ético jurídicas dominantes na coletividade(...)as consequências de todo o ato ilegítimo: pode dar lugar à obrigação de indemnizar, à nulidade nos termos gerais do artigo 294º, à legitimidade de oposição, ao alongamento de um prazo de prescrição ou de caducidade.*"

(***evolução legislativa***)

Foram inúmeras as alterações legislativas recentes. Verificaram-se alterações à legislação penal, processual penal, processual civil e, ainda, dez alterações ao Código Civil, criando-se o denominado novo *"*Estatuto Jurídico Dos Animais", aprovado pela Lei 8/2017, de 3 de março, com alterações ao livro III do Código Civil (aditado o artigo 1305º-A e alterados os artigos 1302º, 1318º e 1323º).[459]

Em causa estará a censura aos maus-tratos, ao abandono e à morte dos animais (mas apenas a injustificada.)

---

[457] Carvalho Fernandes, *Lições de Direito Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, p, 208.

[458] Antunes Varela e Pires De Lima, *Código Civil Anotado* - Volume 2ª edição Revista e Atualizada, Pires de Lima e Antunes Varela, *com a colaboração de M. Henrique Mesquita*, Walter Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p, 299.

[459] Em 2017 resultou estabelecido o denominado "*Regime Jurídico Dos Animais"*, em resultado da petição de doze mil trezentos e noventa e dois cidadãos.

Ao nível penal realça-se que o preenchimento do elemento objetivo do tipo é autonomamente relevante, porque suscetível de causa de justificação, uma vez que os ilícitos que tenham por objeto animais de companhia serão negligentes[460].

8.4.1- Limites supranacionais

Os limites da propriedade sobre animais (do direito de gozo do proprietário da coisa sensível) estão consagrados, primeiramente, a nível supranacional[461] destacando-se os seguintes blocos normativos:

i) Declaração Universal dos Direitos[462] dos Animais, redigida pela Liga Internacional dos "Direitos" dos Animais, de 15 de outubro de 1978, que declara, sem caráter vinculativo, recomendações gerais de proteção do bem-estar animal,

ii) Convenção europeia para a proteção dos animais (Decreto-Lei 13/93 de 13 de abril) que declara a proibição de infligir dor, sofrimento, angústia e abandono do animal de companhia.

iii) Diretriz 98/58 do Conselho, 20 de julho (Decreto-lei 64/2000 de 22 abril) relativa à proteção de animais de pecuária, republicada pelo decreto-lei 155/2008 7 de agosto.

iv) Convenção europeia para a proteção dos animais de companhia (Conselho), decreto n.º 13/93; alterada pelos Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de outubro e Decreto-Lei n.º 315/2003, (proteção mínima na *detenção de animais potencialmente perigosos*) de 17 de dezembro, estabelecem-se as normas legais de aplicação da Convenção. O Decreto-Lei 276/2001 foi, por sua vez, alterado pelo Decreto-lei 260/2012 de 12 de dezembro e ainda pelos Decretos-Lei 95/2017 de 23

---

[460] O legislador "conseguiu" criar um duplo (e novo) *conceito aberto*, o conceito (condicionante) de *justificação penal* na atuação do proprietário do animal e, em simultâneo, o conceito civilmente subjetivo (penalmente indeterminado) de "*motivo legitimo"* para infligir dor ou *quaisquer outros maus-tratos*.

[461] O artigo 8º da Constituição da República Portuguesa consagra a cláusula de receção semiplena dos tratados internacionais (receção plena e automática dos Regulamentos CE *cf.*, artigo 288º do TFUE) que determina que as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português quando regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial

[462] O termo usado na declaração "*direitos*" não pode ser considerada em sentido literal; corresponde a declaração de intenções, conjunto de proteção obrigatória.

de agosto e Decreto-Lei 20/2019 de 30 de janeiro (relativos às competências de fiscalização das Polícias Municipais)

v) Diretriz 2007/43 de 28 de junho (Decreto-Lei 79/2010 de 25 de junho) relativo à proteção mínima das aves de capoeira em aviário

vi) Diretriz europeia 2010/63 de 22 de setembro, transposta e promulgada pelo Decreto-Lei 113/2013 de 7 de agosto que regula as condições relativas ao tratamento de animais que devem *servir de cobaias* aos testes em laboratório (para investigação médica e científica).

8.4.2- Limites de ordem penal.

O direito de gozo do proprietário de animais é também limitado por legislação contraordenacional e penal.

Os conceitos principais (elemento objetivo do tipo) serão os de *abandono* e de *maus-tratos* dos animais, previstos em legislação contraordenacional (em especial no Decreto-Lei n.º 276/2001 de 15 de outubro).

O Decreto-Lei n.º 276/2001 de 15 de outubro determina os conceitos de *abandono e maus-tratos* que servem à defesa do bem jurídico que se define como *o bem-estar dos animais*.

O preenchimento do elemento objetivo do tipo nos ilícitos previstos naqueles artigos 387º e 388º do Código Penal (animais de companhia) afere-se com referência aquele diploma contraordenacional. Tanto a (atuação) negligência como a tentativa são puníveis (artigo 68º n. 4 do Decreto-Lei n.º 276/2001 de 15 de outubro) naturalmente que a tentativa negligente não o será. (artigo 23º n. 1 do Código Penal).

Não deixa de ser curioso que esta legislação contraordenacional se determine, ela própria, supletiva à proteção penal (a principal) em completa inversão da regra da aplicação subsidiária do direito penal primário ao secundário, conforme previsto no artigo 8º do Código penal.

Seja como for, terá sido esta a solução encontrada por forma a obstar às normas penais em branco.[463]

As concretas limitações do proprietário de animais estão, verdadeiramente, previstas no Decreto-Lei n.º 276/2001 de 15 de outubro (os conceitos básicos decorrem dos artigos 2º e 3º, em especial os previsto no artigo 2º).[464]

---

[463] Pela sua relevância; por se determinar com interesse à concreta delimitação dos deveres do proprietário, faz-se referência ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.11.2011, no processo 773/10.2 TYLSB, (disponível na internet; http://www.dgsi.pt/ jtrl. nsf/ 33182f c7323 16039802565fa00497eec/d741b09aedc568f08025796d00417691?OpenDocument) do qual decorre a posição jurisprudencial sobre as denominadas "*normas penais em branco*", em suma:

i) *Na descrição da conduta* proibida [também nos limites do proprietário], *além da utilização de conceitos indeterminados, elementos vagos e portadores de indeterminação, conflituante com os desideratos garantísticos da tipicidade, são frequentes (sobretudo no direito penal secundário) as normas penais em branco, em que a lei incriminadora remete para uma outra fonte normativa o preenchimento dos seus próprios pressupostos* (…),

ii) a *doutrina tem entendido que não é posto em causa o princípio da legalidade pela norma penal em branco, desde que se verifique uma dupla condição: que a norma sancionadora conste de lei ou decreto-lei autorizado e que a norma complementar tenha um carácter, apenas, concretizador, e não inovador, em relação à norma sancionadora (…)*

iii) *No que tange aos conceitos indeterminados,* [como o bem-estar, abandono, maus-tratos, causa justificada] *também se entende que não há violação do princípio da legalidade e da sua teleologia garantísticas, mas é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos;(…)*

iv) *o tipo objetivo há-de estar suficientemente especificado, a descrição da conduta punível deve ser, tanto quanto possível, clara e precisa,"*

[464] a) **Animal de companhia**; *qualquer animal detido ou destinado a ser detido pelo homem, designadamente, no seu lar, para seu entretenimento e companhia*; b) **Animais selvagens**; *todos os espécimenes das espécies da fauna selvagem*; c) **Animal vadio ou errante**; *qualquer animal que seja encontrado na via pública ou outros lugares públicos fora do controlo e guarda dos respetivos detentores ou relativamente ao qual existam fortes indícios de que foi abandonado ou não tem detentor e não esteja identificado*; d) **Animal potencialmente perigoso**; *qualquer animal que, devido à sua especificidade fisiológica, tipologia racial, comportamento agressivo, tamanho ou potência de mandíbula, possa causar lesão ou morte a pessoas ou outros animais e danos a bens*; e) **Mamífero, peixe e réptil de médio porte**; *qualquer animal adulto destas classes que apresente comprimento igual ou superior a 50 cm, contado a partir da extremidade proximal da cabeça até à extremidade distal da coluna*; f) **Ave de médio porte**; *qualquer animal adulto desta classe cuja altura seja igual ou superior a 50 cm, contada a partir da extremidade superior da cabeça até à extremidade inferior das patas com o animal assente numa superfície plana e horizontal e na sua posição natural considerando-se, ainda, igual comprimento, para as asas quando em plena extensão*; g) **Envergadura de uma ave**; *largura medida da extremidade de uma asa à outra com as mesmas em plena extensão*; h) **Gaiola ou jaula**; *espaço fixo ou móvel, fechado por paredes sólidas, uma das quais, pelo menos, constituída por grades, redes metálicas ou, eventualmente, por redes de outro tipo, em que são mantidos ou transportados animais, sendo a liberdade de movimentos destes animais limitada em função da taxa de povoamento e das dimensões da gaiola ou jaula*; i) **Altura da gaiola**; *distância vertical entre o chão e a parte horizontal superior da cobertura ou da gaiola*; j) **Recinto fechado**; *superfície cercada por paredes, grades ou redes metálicas, na qual são mantidos um ou*

Neste diploma (Decreto-Lei n.º 276/2001, de 15 de outubro) são definidas as normas gerais de detenção, alojamento, "maneio", intervenções médicas, captura e abate. Também os princípios básicos para o bem-estar dos animais, as regras de carga, transporte e descarga, os cuidados de saúde, as caraterísticas das instalações, de venda em feiras e mercados, de utilização dos animais e de abate (remetendo-se, atento à sua extensão, para o diploma em referência.)

Para além das limitações resultantes deste diploma registam-se outras (de natureza contraordenacional) aos direitos do proprietário; desde logo os que decorrem da Lei 95/2017 de 23 de agosto, que regula a compra e venda de animais de companhia em estabelecimentos comerciais e por intermédio da internet; O decreto

---

vários animais, sendo a sua liberdade de movimentos, em regra, menos limitada do que numa gaiola; l) **Recinto fechado exterior**; *superfície cercada por uma vedação, paredes, grades ou redes metálicas, frequentemente situada no exterior de uma construção fixa, na qual os animais mantidos em gaiolas ou jaula ou recinto fechado têm acesso, podendo movimentar-se livremente durante determinados períodos de tempo, segundo as suas necessidades etológicas e fisiológicas, como, por exemplo, a de fazerem exercício*; m) **Baia;** *pequeno compartimento de três lados, dispondo, normalmente, de uma manjedoura e de separações laterais, no qual podem ser mantidos presos um ou dois animais*; n) **Alojamento**; *qualquer instalação, edifício, grupo de edifícios ou outro local, podendo incluir zona não completamente fechada, onde os animais de companhia se encontram mantidos*; o) **Hospedagem**; *alojamento, permanente ou temporário, de um animal de companhia*; p) Hospedagem sem fins lucrativos; *alojamento, permanente ou temporário, de animais de companhia que não vise a obtenção de rendimentos*; q) **Hospedagem com fins comerciais**; *alojamento para reprodução, criação, manutenção e venda de animais de companhia que vise interesses comerciais ou lucrativos, incluindo-se no alojamento para manutenção os hotéis e os centros de treino*; r) Hospedagem com fins médico-veterinários; *alojamento de animais de companhia em clínicas e hospitais veterinários, durante um período limitado, necessário ao seu tratamento e ou restabelecimento*; s) **Hospedagem com fins higiénicos**; *alojamento temporário de animais de companhia, por um período que não ultrapasse doze horas sem pernoita em estabelecimentos, com ou sem fins lucrativos, que vise os seus cuidados de limpeza corporal externa*; t) **Centro de recolha**; *qualquer alojamento oficial onde um animal é hospedado por um período determinado pela autoridade competente, nomeadamente os canis e os gatis*; u) **Detentor**; *qualquer pessoa, singular ou coletiva, responsável pelos animais de companhia para efeitos de reprodução, criação, manutenção, acomodação ou utilização, com ou sem fins comerciais*; v) **Pessoa competente**; *qualquer pessoa que demonstre, junto da autoridade competente, possuir os conhecimentos e a experiência prática para prestar cuidados aos animais, nomeadamente proceder ao seu abate*; x) **Autoridade competente**; *a Direcção-Geral de Veterinária (DGV), enquanto autoridade veterinária nacional, as direções regionais de agricultura (DRA), enquanto autoridades veterinárias regionais, a Direcção-Geral de Administração Autárquica (DGAA), enquanto autoridade administrativa do território, a Guarda Nacional Republicana (GNR) e a Polícia de Segurança Pública (PSP), enquanto autoridades policiais*.

Lei 121/2017 de 20 de setembro que regula o comércio de animais de espécies consideradas "selvagens"; mais recentemente (em 2019) as limitações que resultam da Lei 20/2019 de 22 de fevereiro referente ao uso e fruição próprio dos animais destinados às atividades circenses

8.4.3- Animais de companhia.

Quanto aos limites penais do direito de gozo do proprietário de animais de companhia, como já referido, o legislador aditou [465]o título VI à parte geral, livro II, do Código Penal Português, sob a epígrafe "*dos crimes contra os animais de companhia*" (artigos 387º, 388º, 388º-A e 389º- com redação estabelecida em complemento ao atual regime jurídico dos animais). [466]

O artigo 389º do Código Penal[467] define animal de companhia[468] como "*qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*", afastando-se expressamente a tutela penal às limitações de trato dos proprietários dos animais de guarda e de "*utilização* [enquadrada nos] *fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial,* (…) *de espetáculo comercial ou de outros fins legalmente previstos* ".

O artigo 387º do Código Penal determina a previsão típica objetiva de proibição de;

i) Infligir dor;

ii) Sofrimento;

iii) Quaisquer outros maus-tratos físicos.

---

[465] Lei 69/2014 de 01 de outubro.

[466] *Vide supra* 458; Resultado da petição de 2011, assinada por doze mil trezentos e noventa e dois cidadãos, (12.392) alterando a redação dos artigos 203º a 207º, 209º a 213º, 227º, 231º a 233º, 255º, 355º, 374-B a 376º do Código Penal.

[467] Seguindo uma metodologia duplamente estranha; opta por definir *conceito* posteriormente à *previsão legal* e em agrupamento diverso do usado para os restantes bens jurídicos, pois as restantes *definições preliminares* de direito penal principal encontram-se *inscritas* no artigo 201º do Código Penal.

[468] Resulta aferido no último artigo do Código Penal português, o que, convenhamos, é sintomático da evidente falta de rigor da técnica legislativo empregue nestas alterações

O mesmo artigo 387º do Código Penal agrava a reação penal nos casos de;

i) Morte;

ii) Privação de importante órgão ou membro;

iii) (Ainda naquelas situações em que) resulte a afetação grave e permanente da capacidade de locomoção.

A justificação jurídica penal (afastamento do elemento objetivo do tipo) dos maus-tratos sobre animal de companhia radica na existência de motivo legítimo.

A atuação do proprietário de animal de companhia será, pois, limitada pela lei penal; de forma sumária referem-se estes ilícitos *como*:

i) Crimes de resultado, ativo ou omissivo (*artigo 10º número 1 do Código penal*);

ii) Crimes de execução livre e comum; pois o seu autor pode ser pessoa diversa do proprietário[469];

iii) Crimes dolosos e suscetíveis de agravação.

iv) Crimes cujo elemento subjetivo do tipo poderá resultar a título negligente (artigo 15º do Código Penal);

(***abandono***)

O abandono de animais de companhia, previsto no artigo 388º do Código Penal, não comporta qualquer causa de justificação pré-definida; o elemento objetivo do tipo determinar-se-á nos deveres de:

i) Guardar;

ii) Vigiar;

iii) Assistir.

O preenchimento do elemento objetivo do tipo de abandono ocorre (com o especial resultado objetivo e de verificação necessária, mas supletiva) quando o dono:

i) Colocar o animal em perigo;

ii) Deixar de facultar (efetivamente, direta ou indiretamente) a alimentação do animal de companhia

[469] Não está prevista a punição da pessoa coletiva, (artigo 11º número 1 do Código Penal (*à contrário sensu*) sendo neste particular um crime próprio do agente em *iter*.

iii) Deixar de facultar (efetivamente, direta ou indiretamente) a prestação de cuidados que lhe são devidos.

Trata-se de um crime específico próprio, de perigo e de resultado, pois têm que verificar-se, cumulativamente, os dois "perigos" previstos no artigo 388º do Código Penal (falta de alimentação e cuidados).

A tentativa, atento à moldura penal, não é punível (*artigo 22º do Código Penal*).

Trata-se de um crime de omissão pura ou própria, naturalmente doloso, não sendo punível quando o resultado típico for negligente, ao contrário do regime contraordenacional (que dispõe e prevê sobre a defesa dos demais animais.).

(***tipo objetivo***)

O tipo objetivo (*dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos físicos; abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos*) corresponderá àquelas atuações que estarão vedadas aos proprietários; em concreto aos limites que se identificam como *abuso da função económica*.

(***dever de garante***)

Aos proprietários estará especialmente vedada a atuação que se subsuma ao abandono o animal de companhia, pois o proprietário (ou o detentor por ele determinado) tem o dever de garante de evitar o perigo que corresponde ao resultado típico, o abandono[470] do animal de companhia.

(***medidas assessórias***)

As concretas "penas" assessórias,[471] são (naturalmente) determinadas pelo grau de censura plasmada na graduação do elemento volitivo (o dolo) corporizando

---

[470] O **conceito de abandono é literal**; como qualquer crime omissivo (artigo 10º números 1 e 2 do Código penal) como é óbvio a omissão é ilícita; a demissão o *non facere* dos deveres de alimentação, *aguar*, prover alojamento (arejamento, temperatura e luz) e cuidados de saúde de que careçam os animais de companhia corresponde e enquadra-se no conceito de abandono, para efeitos do previsto no artigo 338º do Código Penal.

[471] Corporizam limitações aos poderes uso e fruição; a privação do direito de detenção de animais de companhia por período até cinco anos; limitação dos poderes de uso e fruição, em concreto dos direitos de participar em feiras, mercados, exposições ou concursos relacionados com animais de

especiais limitações aos poderes dos proprietários, tal como resulta do disposto nos artigos 388º-A do Código Penal.

8.5 A posição do Professor Menezes Cordeiro (respeitosa critica).

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [472] "*ficamo-nos, pois, pelos animais como objeto de direitos e centro de deveres do dono, diversos das coisas corpóreas*" (…) *não se admitem como coisas, os "bens de personalidade"* [estes] *ligados à pessoa humana, (...) Pressupõe-se, naturalmente, que, para além de "coisas", outras realidades possam ser objeto de direitos. A esse propósito cumpre assinalar que a tradição jurídica portuguesa ia no sentido de excluir os bens de personalidade do universo das coisas (...) o pensamento jurídico atual opõe-se, porém, reificação de quanto tenha a ver com as pessoas, admitindo tertia genera diversos, entre a coisa e a pessoa. Bastará atentar na evolução que, neste momento, se processa em relação aos próprios animais".*

Segundo Menezes Cordeiro os animais não deverão ser considerados coisas corpóreas; apesar da tradição jurídica portuguesa se estabilizar no sentido de só admitir como objeto do direito de propriedade, as coisas (*em sentido lato*), foi criada legislação (2017) que acedeu em desconsiderar os animais como coisas; "*evolução que, neste momento, se processa*".

No entanto não é conhecido pensamento jurídico atual que se oponha à tradição jurídica portuguesa.

É verdade que o "legislador de 2017"[473] insinuou um claro afastamento do princípio da coisificação pois, pretende que "*a não coisa"* seja objeto de propriedade.

---

companhia por períodos que poderão ir até três anos. As penas acessórias poderão determinar também a limitação ao direito de disposição (*comprar e vender* até três anos) a estabelecimentos relacionados com o comércio de animais de companhia (cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença administrativa). Suspensão (até três anos) de permissões administrativas, licenças e alvarás, relacionadas com o comércio e guarda de animais de companhia. (Nos termos do artigo 185º do Código de Processo penal, os animais serão encaminhados para as exagerada e incorretamente denominadas *famílias de acolhimento*.)

[472] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Almedina, 4ª edição, 2019, p, 315.

[473] As virtudes (ainda que em abstrato) das *soluções* do *direito base* percebem-se na justiça que resulta da observância das premissas que tornam a norma justa e prática. Ou seja; na medida em

No entanto a nossa tradição jurídica sustenta-se no *direito base*, encontra "*norte*" na clareza e referência do princípio da coisificação, nas fontes e nas *regulae iures.*

O direito, tal como ele realmente é, determina que os animais sejam coisas corpóreas, tal como definidas por *GAIO*[474], aliás era esta também, em 1993, a convicção de Menezes Cordeiro.[475]

Acresce que não existe, na nossa legislação, dispositivo idêntico ao do artigo 90º-A do BGB. Deste fato resulta literalidade inversa à admissão de um terceiro género que admita à relação jurídica real outras entidades para além das pessoas e coisas, estas últimas como o objeto da mesma, conforme é. Doutamente defendido. Reitera-se nas palavras de MENEZES CORDEIRO; [476] *"admitindo tertia genera diversos, entre a coisa e a pessoa. Bastará atentar na evolução que, neste momento, se processa em relação aos próprios animais"*.

(***pessoas não humanas animais***)

Este autor sugere, em justificação da *tertia generis*, uma *evolução civilizacional*. Para tanto refere que "*bastará atentar na evolução". Esta evolução,*

---

que cumprem a essência, as *praecepta* das *regulae*. Trata-se da referência, do "norte" indispensável a qualquer solução jurídica assertiva. Também as normas jurídicas que dispõem sobre o direito de propriedade, seja em que *tempo for*, devem ter por referência a solidez das *regulae*. São estas as que constituem os princípios gerais e sustentam a *sabedoria* indispensável à norma. Não se pode olvidar que a sabedoria só é alcançável nos "tempos" e na experiência própria da prática reiterada e aprovada por todos, na generalidade da comunidade nacional. Só estas *sábias regulae* evitam a precipitação e o "oportunismo do momento" e a consequente *carícia* da repristinação. O legislador muitas vezes olvida que "o tempo é um examinador implacável", não aceita a "espuma dos dias", impõe aquela que nomino como "a teoria geral da realidade jurídica" e seus corolários, fulminando as normas desprovidas de sabedoria. Especialmente aquelas que versam sobre o direito de propriedade e resultam do estado de missão ideológico, inovadoras e sem perceção comunitária e generalizada. A norma jurídica deve, pois, tal como refere SEBASTIÃO DA CRUZ, [ser] "*uma noturna* (…) *uma regulae*" (Sebastião da Cruz, *Direito Romano, ius Romanum*, I, introdução, Fontes, 4ª edição, revista e atualizada, Coimbra 1984, p, 9.); A propriedade (também sobre animais) só pode ser bem regulada, permitindo que o proprietário desfrute, em exclusivo da sua coisa e proteja os direitos dos demais contra eventuais abusos do proprietário. As normas que regulam a propriedade sobre animais devem balizar-se nos princípios gerais, na *prática* e *sabedoria* que as *regulae* oferecem. Condição essencial seria, desde logo, que o legislador conhecesse o nosso *direito base*, que o percebesse como o verdadeiro pulsar de *sabedoria e justiça* das *nossas gentes.* Não será arriscado referir que, com as alterações ao livro dos direitos reais de 2017, não o demostrou.

[474] *Cf., GAIO* II. 13,15.

[475] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, C*it.*, p, 162.

[476] Menezes Cordeiro, *ibidem*, p, 170.

determinaria então um terceiro género entre pessoa e coisa, referindo-se às recentemente denominadas *pessoas não humanas animais.*

Sucede, no entanto, que o conceito de evolução não pode, por natureza gramatical, ser usado como sinónimo de *percurso com resultado aperfeiçoado*, mas sim (e apenas) como simples sinónimo descritivo de sucessão de eventos, um processo (descritivo) de registo fático, eventos que, não raras vezes, se consubstanciam em erros próprios de um processo. Ou seja, por vezes os eventos evoluem de forma inversa à perfeição, regridem no objetivo do aperfeiçoamento. Atente-se à história dos homens e das civilizações e, não faltarão exemplos de sucessão de fatos negativos.

Percebo, assim, a Douta justificação de referida "*tertia genera"* sustentada em premissa de *Aquino*. Permito-me referir que na definição não deve constar o definido; pelas mesmas razões que tão pouco deve a justificação validar-se no justificado; o *justificado, in casu,* a pretendida "*tertia genera",* não se alcança pela concreta justificação, a saber, pelo fato de ter sido insinuada (nem chegou a ser afirmada) por lei.

(a regra)

É consabido que o "direito" escrito, não se auto justifica pois ou é aceite pela comunidade ou é repristinado, por ser contrário da *regra* (esta corresponderá ao verdadeiro direito).

A pretendida justificação da "*tertia generis"* sustentada nos conceitos de *evolução* (sinónimo de ter sido legislada) não pode servir-se do ato; confundindo-se o exteriorizado com o justificado.

Não será por ter sido, ela própria, a *tertia generis,* efetivamente insinuada por via da sua implementação legislativa que se impõe *ratio* interpretativa literal de tais normas, (alterações de 2017 ao livro dos direitos reais) pois, tal como se alcança do previsto no artigo 9º número 1 do Código Civil, tais dipositivos estão sujeitos a interpretação jurisprudencial, no caso, restritiva.

Acresce que tão pouco resulta (da interpretação literal da letra dos artigos 1302º, 1305º-A, 1318º e 1323º, todos do Código Civil) que os animais não sejam, objetivamente, coisas.

Creio que não existe *tertia generis* alguma, que a mesma, por não corresponder nem ao direito objetivo, nem à *regra*, se poderá perceber de qualquer segmento legal ou natural.

É, no entanto, certo que no artigo 1302º n. 2 do Código Civil tal (terceiro género) resulta insinuado, mas como resultado de exclusivo positivismo será desarmónica com as *regulaes iures*, em classificação que resultará efémera, pois o legislador não escreve a *regra*.

Neste sentido e, por corresponder a verdade jurídica absoluta (*o legislador não escreve a regra*), atente-se nas palavras de EDUARDO VERA CRUZ; [477] "*a democracia não é condição suficiente para a juridicidade das leis. Um Estado de Direito democrático e constitucional pode não ser um estado de direito* (…) *O estado só é de direito se o legislador e os governantes aceitarem que a sua ação no exercício do imperium está limitada pelas* ***regras*** *jurídicas* (…) *todos sabemos que o* ***totalitarismo da lei***, [direito] *da fundamental e da ordinária, tem bom apoio político e* ***académico****, ambos discursos que promove o sistema legal como "o melhor dos regimes" (...) a quebra generalizada de confiança nas instituições, resulta da sua desadequação aos problemas concretos das pessoas*".

(***interpretação restritiva***)

Se assim não se entender, por argumentos que se advinham, deveremos ter presente que o legislador, de forma clara, disse mais do que queria.

Se os animais não fossem coisas não poderiam ser objeto de propriedade e não "seriam tratados" pela lei, como coisas, por integração supletiva.

(***a prática***)

Os problemas *concretos das pessoas* não se coadunam com extraordinárias teorias gerais de direito, ou outras derivações teóricas antipráticas, rasgadas de mundividência; em suma, desprovidas de *regra*, como as que pretendem que os animais se percebam como pessoas.

---

[477] Eduardo Vera Cruz Pinto, Pinto, *Lições de História do Direito Romano*, Vol. I, AAFDL, 2020, 4ª Reimpressão, pp, 28-31.

(***a noturna***)

A desconsideração dos princípios gerais de direito, *da regra*, plasmados no *direito base*, principalmente em sede de direitos reais, sempre se determinarão em incongruências inultrapassáveis. Reitera-se; os animais são objeto de propriedade e, portanto, são coisas, percebendo-se que o direito escrito por políticos eleitos não corresponde, só por si, nem a uma qualquer evolução civilizacional positiva, nem às regras seguidas e cumpridas por uma comunidade. Esse "direito" será apenas e só, "direito escrito", que o tempo remeterá em *iter ab rogante*.

Metaforicamente (ou não) refere-se que "*só a régua permite fazer riscos direitos*.

A régua dos direitos reais é o *direito base*, o que se sustenta nas *regulae iures*. Nas palavras de EDUARDO VERA CRUZ; [478] "*as regulae* [iures] (…) *derectum* (…) *permite seguir um percurso direito*, pois *só a régua permite fazer riscos direitos* (…) *só pelas regras se pode chegar ao direito* (…) *a aplicação por juízes burocratas de normas legais feitas por políticos eleitos, seja qual for a criatividade do discurso que procura legitimar tal procedimento, não é direito nem pode levar à Justiça*". Acredito que a criatividade, *in casu*, se identifica com a *tertia generis e as pessoas não humanas animais*.

8.6 – **Os limites da proteção animal** (*tomada de posição*).

É certo que o objeto de toda a legislação civil (antes referida) que versa sobre as coisas sensíveis é resultado da atuação de pequenos grupos de convicções fervorosas.

Questiono-me se será fundada em objetivo perigo (?) para os animais, para tais coisas, que por sensíveis merecem todo o respeito da comunidade. Não se nos afigura, no entanto, tal perigo justificativo de especial reação.

Na realidade não se verificou nas últimas décadas qualquer (incremento) de perversidade, malvadez ou sadismo, por parte da comunidade nacional, (pelo contrário) ou grupo tradicionalista que, por uma razão ou outra, interaja com os

[478] Eduardo Vera Cruz Pinto, *Lições de História do Direito Romano*, *Cit.*, p, 32.

animais de uma forma costumeira[479] que justificasse qualquer híper-reação grupal, como a que se registou na última década.

Seria cómodo (até aconselhável) mas não me furto aos temas da caça, da pesca, da *festa brava*, de tiro aos pombos, ou de outras quaisquer atividades consideradas tradicionais no nosso País; tais questões estão intrinsecamente relacionadas com o tema em estudo, a propriedade.

Reitero e advirto que não estão em causa os gostos pessoais, que, creia-se, muito provavelmente poderão ser diversos dos associados às festas tradicionais da nossa moderada comunidade nacional; o que estará em causa será a liberdade [480]de todos.

---

[479] *Vide supra* nota 455; O proprietário terá os seus poderes limitados por lei, mas também pelos *usos sociais e costumes*. A censura própria do abuso da *função económica* da coisa prevê, de forma expressa, objetiva e casuística, que os *usos, os bons usos sociais*, limitam os seus poderes. Estes correspondem às práticas reiteradas e antigas que formam o costume. Ora o *abuso de direito* percebe-se de diversas formas; algumas que não se verbalizam ou se expressam, simplesmente se percebem; o proprietário também percebe que a prática de atos vazios de utilidade (que cumulativamente prejudicam os demais) mesmo que não previstas na lei, merecem censura. Percebem-se naturalmente, refiro-me ao direito natural; àquela justiça que se projeta na ordem social, de raiz ética e que a razão retira de uma ordem objetiva inserida nas coisas e nos homens. Nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*a justiça que se projeta na ordem social ou como um ordenamento de raiz ética que a razão retira de uma ordem objetiva inserida nas coisas e nos homens, o direito natural sempre esteve presente no pensamento jurídico antes e depois do século XVIII que a consagrou em sistemas jurídicos construídos pela razão*". António Dos Santos Justo, *Introdução Ao Estudo Do Direito*, 11ª edição, Petrony, 2020, p, 81.

[480] Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; [as normas; e porque] "*o homem é simultaneamente um ser livre e um ser sociável. Livre, pela sua própria natureza, sociável, por uma inata necessidade de conviver (...) a liberdade do homem reside, fundamentalmente num poder de opção (...) pressupõe, necessariamente, ausência de determinismo (...) mas o homem é tão livre que pode não só usar da liberdade, mas até abusar desse poder-opção. Simplesmente, o abuso da liberdade, em rigor, já não é uma manifestação da liberdade (...) liberdade não consiste em cada um fazer o que entender, isto seria arbitrariedade; abuso de liberdade (...) todos os povos, por mais rudimentar que se manifeste a sua cultura ou mais primitivos que se apresentem os seus costumes (...) sempre tiveram e têm algumas normas reguladoras de convivência entre as pessoas*. [as normas sociais] (…) *podem ser de vária ordem, religiosas, morais, éticas, de educação, de diplomacia, de etiqueta etc… (...) as normas jurídicas são aquelas que eficazmente determinam e protegem o direito pertencente a cada um*" Sebastião da Cruz, *IUS. Derectum (Directum)- HVMANITAS – Direito Romano*, Volumes XXIII e XXIV, p, 12.

(***as liberdades individuais***)

Trata-se de questões fundamentais; daquelas de que não se pode abdicar; um princípio fundamental e que por todos deve ser respeitado - a *liberdade individual* -; uma *praecepta*, uma regra fundamental.

O respeito pelos princípios fundamentais deve constituir-se em reta e férrea fronteira, para todos intransponível, inultrapassável, trata-se do respeito pela liberdade ideológica, consciência, gostos e opções dos demais, em suma o respeito pela diferença, a tolerância.

(***a tolerância***)

Parece estar, no entanto, a "fraquejar" a tolerância (positivada) pela liberdade dos demais; aquela que se sustenta em direitos adquiridos há centenas de anos; acresce a *agravante*, a especial censura do motivo ser *fútil*, trata-se *apenas* de política!… pois "os animais não estão em risco", os seus proprietários não carecem de novas limitações, não se devem confrontar com reclassificações de natureza real, nem com putativas personalizações…, com a positivação desarmónica com as regras; o que verdadeiramente se constata em tisco são os direitos e as liberdades individuais.

Identifico o fenómeno da intolerância; *fenómeno* porque novo no nosso País após 25 de abril de 1974; a intolerância pela liberdade dos demais é francamente ameaçadora, confessadamente muito mais perniciosa do que aquelas milenares atividades tradicionais coletivas que antes referi.

Socialmente agigantam-se intolerâncias que, de forma crescente e, por questões de oportunidade, servem a *alguns*, [481]*por forma a* granjear dividendos imediatos.

(***atravessar o Rubicão***)

As intolerâncias (com palco mediático) não podem deixar de ser denunciadas e, sobre tudo, referenciadas como temerárias**. O precedente é extremamente perigoso**. A intolerância deve ser denunciada para que não se verifique a consumação

[481] E ameaçam pela "mordaça" outros, pois os que se atrevem a contrariar tais orientações "politicamente corretas" põem em causa as suas carreiras profissionais. Atente-se aos recentes constrangimentos (proibição política) à administração da RTP que se viu compelida à suspensão das transmissões das Corridas de Touros. O autor abomina a tourada, mas não consegue entender os que não respeitam os gostos e preferências daquelas gentes que a apreciam e dela vivem.

do risco de se implantar como regra; para que seja percebida como a exceção que confirma a regra.

Estes *caminhos* (missões de alguns, poucos) determinam-se em *iter* legislativo que olvida as mais elementares caraterísticas deste instituto; a propriedade é prática e resulta de mundividência efetiva, corresponde ao que a generalidade dos homens percebe e não apenas alguns.

O "absurdo" verbaliza-se de forma simples, inegavelmente alguns, poucos e urbanos, pretendem corrigir os demais no tratamento aos animais (na sua esmagadora maioria animais de quinta), corrigindo o "povo", nas suas práticas milenares de interação com os animais.

Refiro os que *por questões de oportunidade* acedem à função legislativa e se "determinam em missão", em imposição "*cega*" de repulsas por tradições e gostos ou preferências milenares e coletivas a que se refere Menezes Cordeiro[482] nas últimas folhas do volume III, seu Tratado de Direito Civil.

Acresce as referidas questões de princípio e de precedência; a procedência destas intolerâncias que, em si, corporizam precedentes de perigo inegável para as liberdades individuais.

Reitera-se; não estão em causa os gostos pessoais (deste autor ou do leitor) estará em crise a tolerância própria de um *Estado de Direito*; os princípios gerais de direito. "*Amanhã*" poderemos (todos) sofrer as consequências deste precedente em qualquer outra matéria, as consequências de se abdicar dos princípios fundamentais de respeito pela liberdade dos demais, (reitera-se) que determinam como "licita a intolerância" pelos gostos e preferências dos demais.

Não se julgue estarmos perante hipotéticas intolerâncias, pelo contrário, são práticas; a título meramente exemplificativo atente-se aos estranhos e, recentes, episódios (da tentativa) de eliminar o consumo de carne de algum serviço de (cantinas) alimentação pública (!).

Percebe-se a intolerância pelo singelo gosto do indivíduo de se alimentar de carne; percebe-se como o assumido o "direito" de impor a repulsa (própria e

---

[482] *Vide supra* nota 422; (expressamente referidos como touradas e tiro aos pombos).

individual) por tal gosto; estas práticas começam (erradamente) a vislumbrar-se como aceitáveis, *refiro-m*e à intolerância pelos gostos dos demais.

O perigo é evidente; se a intolerância se determinar como prática regular ninguém estará livre de suportar as suas consequências e o direito comprime-se.

(***tria praecepta iuris***)

Cumpre apelar à/na reta direção; a "noturna", reiterar que as regras fundamentais da positivação são as já sobejamente referidas, as *praecepta* (essenciais a qualquer regulamentação).

O abuso da condição da coisa sensível já era sancionado pelo *princípio do regular exercício dos direitos* (334º do CC); este princípio impõe a censura daquela atuação que exceda a função económica dos animais; a reta razão reside nos imperativos de justiça.

A norma não deve "ofender a justiça"[483]; o justo corresponderá, assim, à "*solução*" que todos (não apenas alguns) entendem e compreendem e que não pode resultar "*ofendida*" pela disposição normativa.

"*Ninguém*" (no sentido de "*todos*" ou a generalidade) percebe um animal como *não coisa*; e todos percebem os animais como vivos e sensíveis.

---

[483] Justiça e equidade; nas palavras de ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO; "*entendida não como virtude universal (a soma de todas as virtudes), mas como virtude particular ao legal (iustitia) é, na definição de ULPIANUS, «a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito» [D. I,1,10]. Constitui, portanto, o ontológico do jurídico: define e configura, como jurídica, a vida social, cabendo o direito (ius) a sua realização. É constituída pelos seguintes elementos lógico: (…)* ***proporcionalidade****: entre os factos e as consequências; entre o que se dá e o que se recebe; entre o que se exige e o que se presta* (…) ***igualdade****: resulta da proporcionalidade e implica o tratamento igual dos casos iguais e desigual do que é diferente. A igualdade determina que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas. Por sua vez, a equidade (aequitas), que tem sido definido como a justiça do caso concreto, cumpre as funções de adequar a norma geral e abstrata ao caso sub iudice, de suavizar o rigor da lei, de afastar soluções absurdas, etc., no entanto, a equidade não foi, em Roma, somente a justiça do caso concreto: inspirou o legislador e a iusrisprudentia na criação, interpretação e transformação do direito positivo. Por isso, CELSUS definiu o direito como "a arte do bom e do equitativo*" António dos Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021. Pp, 16-17; nas palavras de EDUARDO VERA CRUZ PINTO; "*é a efetivação da regra jurídica na solução do caso concreto; não uma interpretação da norma legal (geral e abstrata) que permita uma solução mais justa para cada caso (uma equidade que corrige a lei). Porque ius est iustitia, o direito e o meio de" (dar a cada um o que lhe é devido) com uma "constante e perpétua vontade" de o fazer (Ulpiano, D I, I, 10 pr.).".* Eduardo Vera Cruz *Lições Do direito Romano I. Síntese Geral*, THD U Lisboa AAFDL, 4ª Reimpressão 2020, p, 18.

No que tange à norma jurídica; a justiça será alcançável pela consideração (prévia e permanente) da *tria praecepta iuris*' e seus corolários. Nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ;[484] "*os preceitos jurídicos de qualquer norma (...) são estes: não abusar dos seus poderes (faculdades ou direitos no sentido subjetivo (...) não prejudicar ninguém, atribuir a cada um o que é seu"*.

Tão pouco o legislador deve abusar do seu direito.

É o *justo*[485] que deve presidir a qualquer solução de composição social[486]. Também as limitações ao direito de propriedade devem resultar de práticas sociais e comuns e nunca de posições ideológicas e "*fundamentalistas*", pois estas serão,

---

[484] Sebastião Da Cruz, *Direito Romano, ius Romanum, I, introdução, Fontes*, 4ª edição, revista e atualizada, Coimbra 1984, pp, 12-13.

[485] Será justo impor (na prática) a extinção de determinados tipos de animais; não perceber que existem animais que deixarão de existir por força da extinção destas atividades sociais - os touros da casta Miura (e suas derivadas) só existem (não têm qualquer outra função) e são criados em função da *festa brava*; os pombos da casta *zoritos* só existem (não têm outra função) e são criados em função do "*tiro voo*". O mesmo se diga em relação à atual "população" de cães de caça, (?); Não será injusto (?) desconsiderar que a proibição de tais atividades determinará a extinção destes tipos de animais (e muitos outros) por não se vislumbrar função económica alguma! – reitera-se por proibição da função económica que determina a sua existência e manutenção; E o que dizer da crescente pressão sobre a captura própria da caça que corresponde à legitima e milenar apreensão de *res nullius* (?). Não será difícil adivinhar a superpopulação dos animais bravios; com enormes prejuízos materiais (agricultura) e do perigo em que se coloca a vidas humana, nomeadamente por força de acidentes de viação (colisão em autoestrada) e porque não considerar outros perigos relativos à propagação de doenças. E o que dizer do sustento das familias (?) que se encontram diretamente agregadas a este tipo de práticas sociais milenares. Em suma, caberá questionar também a legitimidade e equilíbrio dos que se determinam em missão ideológica, determinando alterações desarmónicas à legislação vigente; terão ou não em vista alcançar patamares de proibição que põem em crise um equilíbrio social e comunitário; não percetíveis pelos fervorosos grupos antes referidos (?). Creio que evoluir em crescentes imposições de vontades individuais, em total desrespeito pela liberdade dos demais se determinam em soluções absolutamente injustas e, por tal, impróprias à norma jurídica e ao Estado de Direito.

[486] Justo será atribuir a cada um o que lhe pertence; Justo determina vedado e impedido o abuso, pois só desta forma não se prejudicará ninguém. As normas, também as de mera ordenação social, hão-se ser justas, pois e, nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*os preceitos* [da norma] *são os três referidos, não abusar dos seus direitos; não prejudicar ninguém; atribuir a cada um o que é seu* (…) *não são sinónimos, cada um tem a sua individualidade* (…) *no 1º preceito, proíbe-se o abuso de direito; no 2ª preceito limita-se o uso de direito; no 3º preceito, impõe-se o respeito pelo direito alheio. De tal maneira estes três preceitos são essenciais à norma jurídica* (…) [que se a norma] *atraiçoar um desses preceitos, toda a norma jurídica «cairá» (por falta de alicerces) «morrerá»*", Sebastião Da Cruz, *Direito Romano, ius Romanum, I, introdução, Fontes*, Cit., pp 12-13.

necessariamente desprovidas de equilíbrio e ponderação de valores. Causarão efetivo dano e sofrimento antes da inevitável repristinação.

O proprietário tem o direito exclusivo de desfrute da coisa e os demais, por sua vez, têm o direito que tal exercício seja comedido à razoável função económica[487] da mesma, ao que acrescem os deveres de abstenção de todos, por qualquer forma (a legislativa também) ao desfrute exclusivo e direto do proprietário.

É esta tensão[488] que exige a solução equilibrada da norma.

É precisamente a *justiça* (*o que é justo*) *que* limita o direito (de gozo) direto e exclusivo do proprietário e não um qualquer ideário político conjuntural.

Nesta relação (real) própria ao direito de propriedade, (o direito subjetivo por excelência) a injustiça perceber-se-á de três formas fundamentais:

i) No abuso dos poderes do proprietário;[489]

ii) Na privação injustificada de tal direito de gozo direto e exclusivo sobre a coisa;

iii) Pela restrição (nacionalização e expropriação) ao direito de propriedade alheada aos rigorosos e estritos preceitos legais.

---

[487] Como já referido; no nosso País alguns animais são criados em função das necessidades humanas. Se tais necessidades forem "proibidas", estes concretos animais deixarão de existir. E esta consequência não é aceitável… não corresponde a um ato justo; a norma deve ser justa.

[488] Justifica-se, assim, que a propriedade privada seja limitada; só desta forma se alcança o equilíbrio necessário à relação subjetiva real. Entenda-se o equilíbrio entre o exercício direto imediato (dos poderes e faculdades) sobre a coisa por parte do proprietário e o (correspondente) dever geral de abstenção de todos os demais. "*Fechando portas"* ao abuso de direito, em especial o abuso da função económica da coisa própria.

[489] *Vide supra* nota 455; O abuso da função económica poderá resultar catalogado em vários patamares cognitivos. Alguns são objetivos, outros não. Os mais voláteis e subjetivos residem nos usos e costumes. Ou seja, naquelas práticas que determinam a fronteira do *socialmente* aceitável. As (aquelas ações) "bem" *praticadas* desde *tempos idos*, porque por todos assim percebido; estas serão as que nos servem de referência e *base* ao que consideramos justo e apropriado. No que tange à norma (aquelas atuações objetivadas e reguladas por lei sob a forma da previsão e da estatuição) a *ratio* da censura ao abuso da função económica alcança-se nas soluções de direito romano, *lato sensu*. É, e deve ser, em exclusivo o abuso da função económica que limita a propriedade por razões de direito privado.

Servem estas considerações à expressa demarcação de qualquer outra justificação (religiosa, ideológica ou outras) às limitações do poder direto e exclusivo do proprietário sobre a *coisa sensível*.

(***ilegitimidade***)

Estas justificações *ideológico-limitativas* para com todos os demais, que se percebem na imposição de uma especial, inovadora e fraturante *visão de mundo* e se caraterizam por uma *especial sensibilidade*, são profundamente ilegítimas. São também perigosas porque se constituem em si mesmas como precedente de consequências imprevisíveis.

Esta (a *ilegitimidade*, no sentido próprio do previsto no artigo 334º do Código Civil, consensualmente - doutrina e jurisprudência- interpreta-se e determina-se no sentido de *ilicitude*) e assim se percebe, claramente, porque correspondem a um abuso de poder alheado do equilíbrio próprio determinado pela terceira *das tria praecepta iuris;*[490] *«suum cuique tribuere» "o respeito pelo direito alheio; pois aquelas* justificações às limitações do direito de gozo dos proprietários das *coisas sensíveis*, as que se *autossustentam* em razões de caráter ideológico ou de especial *sensibilidade grupal*, como as que resultam dos inovadores *fundamentalismos modernos* de alguns, que recusam perceber para além das particulares e próprias repulsas pelos gostos da caça, da *festa brava* e de outras atividades próprias da nossa comunidade, das *nossas gentes*.

(***conclusão***)

Não acompanho os que querem impor a sua *visão do mundo, a sua ideologia*, eliminando a diversidade própria de uma comunidade antiga (milenar) como a nossa, por todos reconhecida como equilibrada e de *brandos costumes*.

Percebo as conceções positivadas e radicais, sejam quais forem, que em desarmonia com as soluções práticas, claras, justas e equilibradas da relação subjetiva real como expressão inegável de intolerância.

---

[490] *Vide*, Sebastião Da Cruz, *Direito Romano, ius Romanum, I, introdução, Fontes*, 4ª edição, Revista e atualizada, Coimbra 1984, p. 13.

Os poderes do titular do direito de gozo estarão limitados, por razões de direito privado, [491] pelo abuso de direito, na concreta forma de abuso da *função económica* e seus imensos corolários plasmados por razões, essencialmente de direito público, mas só e sempre que destas resultem as soluções justas e equilibradas; invariavelmente as que respeitam as liberdades individuais dos demais.

9 – Os limites de *ordem social* ao direito de propriedade.

(**Origem *do conceito***)

No início do século passado e pela "*pluma"* de *León Duguit (*o fundador da Escola do Serviço Público) foi sugerido ideário que determinava (também) os poderes do proprietário adstritos a uma *função social* (da propriedade privada).

León Duguit (no seu livro intitulado "*Las transformaciones del Derecho Público*") criou o conceito de *função social*; para tal posiciona-se ideologicamente em considerações publicistas, descarta e considera incorreta a ideia de direitos e liberdade *original* do homem; porque os homens sempre nascem inseridos numa determinada comunidade; desta forma não seriam verdadeiros titulares de direitos, estariam, outro sim, sujeitos a todo o tipo de deveres em função do social e do "coletivo"; de tal sorte que, nas palavras de ARANA MUÑOZ; [492] "*a força dos governantes sobre os governados é de tal ordem que qualquer tentativa da justificação desse poder,* [e limitação por força das liberdades e direitos individuais] *em vista de uma pretendida distinção entre o Estado, como sujeito titular da soberania e os governantes, como pessoas físicas que detêm esse poder, repousa*

[491] No que tange à propriedade privada, o abuso de direito verifica-se no irregular, porque excessivo, uso da coisa; no censurável desfrute, porque exagerado; ou abuso da função económica, que pode corresponder, até, a ato exclusivamente nocivo para com "*o outro"*. "O outro", "*todos os outros*", "*os demais*", "os vizinhos" e "o confinante"; correspondem mais que a meras expressões, a conceitos juridicamente relevantes que justificam e graduam a censura à atuação do proprietário que se determine em "*animus nocendi*". Trata-se, afinal, daquelas pessoas que os hebreus definiram como "*o próximo*" em oposição ao individualismo arcaico nacionalista (*vide supra* pp, 31-32). O Próximo, O que deverá ser respeitado pelo proprietário quando desfruta a coisa própria; O conceito adstrito a esta figura hebraica, "*o próximo*", corresponde ao núcleo fundamental limitativo ao uso da coisa que se percebe para além da razoável função económica.

[492] JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 190, Madrid, enero-abril (2013), pp, 61-100, disponivel na internet; file:///C:/ Downlo ads/ Dialne tSobreLasTransformaciones DelDerechoPublico DeLeonDug 4250918% 20(1).pdf.

sobre uma ficção"[493]. Nem mais nem menos! toda a relação jurídica submeter-se-ia ao direito objetivo em função do coletivo; este criado pelo Estado que se confunde com os dirigentes políticos que, por sua vez, titulariam poderes ilimitados; como vimos, qualquer tentativa de justificação da sua legitimidade corresponderia a uma mera ficção.

É nesta plataforma, nesta base concetual, que resultou propagada em 1911, que se sustenta a denominada pela teoria da "*função social*".

Nas palavras de CARLA AMADO GOMES; [494] *"A função social da propriedade foi uma "invenção" de León Duguit, que num conjunto de seis conferências proferidas na Universidade de Buenos Aires, em 1911, explanou o conceito e o filiou no princípio da solidariedade. Duguit parte do pressuposto de que a autonomia proclamada pelo Estado liberal, que fecha o indivíduo em si próprio, não é natural; é antes a interrelação entre as pessoas que está na base do conceito de sociedade, interrelação essa que se traduz na solidariedade. A propriedade é um conceito que pressupõe o indivíduo como uma ilha, quando a pessoa é, ao contrário, essencialmente gregária e interdependente. Logo, a propriedade não deve servir apenas interesses individuais, mas sim ser "produtiva", numa lógica de interesse comunitário".*[495]

---

493 "*según DUGUIT, que la mayor fuerza de los gobernantes sobre los gobernados y, con ello, cualquier intento de justificación de ese poder, acudiendo a una pretendida distinción entre el Estado como sujeto titular de la soberanía y los gobernantes como personas físicas que detentan ese poder, descansa sobre una ficción* "; (Tradução livre.)

494 Carla Amado Gomes, *Reflexões (a quente) Sobre O Princípio Da Função Social Da Propriedade*, Revista *E* pública – *revista eletrónica de direito público, disponível* na internet; https://www.e-publica. pt/ volumês /v4n3a02.htm l.

495 Nas palavras de CARLA AMADO GOMES; *"A teoria de Duguit influenciou várias Constituições, de forma expressa. A primeira delas foi a Constituição do México, de 1917, em cujo artigo 27º se dotava o poder público de competência para impor restrições ao direito de propriedade, "em benefício social" e em prol de uma distribuição equitativa de recursos. Na Europa, foi a Constituição de Weimar, de 1919, a pioneira na consagração do princípio da função social da propriedade — o seu artigo 153º dispunha o seguinte: "A propriedade é garantida pela Constituição. Os seus conteúdo e limites serão fixados por lei. A propriedade acarreta obrigações. O seu uso deve fazer-se igualmente no interesse geral". Este preceito influenciou marcadamente a Lei Fundamental de Bona, de 1949, que afirma, no n.º 2 do artigo 14º, que "A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir o bem da comunidade". Paralelamente, a Constituição italiana de 1947 estabelece, no artigo 42.º, que "A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os seus modos de aquisição, gozo e limites com o fim de assegurar a sua função social e*

Resultariam, assim, reprovadas as teses individualistas, os direitos individuais, em especial os subjetivos, máxime a propriedade individual e privada que seria inaceitável. Prosseguindo nas palavras de ARANA MUÑOZ;[496] "*para **as teses individualistas**, explica-nos DUGUIT, o direito objetivo funda-se sobre o direito subjetivo. Parte do pressuposto que todos os homens vieram ao mundo livres e iguais e, portanto, titulares de um conjunto de direitos individuais que titulam pelo fato de terem nascido. É assim que surge o direito objetivo, pela necessidade de limitar os direitos subjetivos de cada individuo, pois só desta forma se assegura a proteção dos direitos dos demais. Esta doutrina teve, para DUGUIT, o mérito de lograr, pela primeira vez a limitação do poder do Estado. **É, no entanto**, **inadmissível**, entende que por duas razões. Em primeiro lugar, porque se sustenta numa afirmação hipotética, que o homem nasce na condição de ser livre e independente em relação aos demais. O que não seria admissível, pois o homem nasce, sempre, como membro de uma comunidade e estará sujeito a ela. Em segundo lugar, porque se sustenta e supõe a existência* [cuja existência nega] *de um direito absoluto, o direito natural.* ".[497] Reitera-se, Duguit e as teses sociais negam, inclusive, o direito natural.

---

torná-la acessível a todos". Por seu turno, a Constituição espanhola de 1978 dita, no n.º 2 do artigo 33º, que "A função social destes direitos [à herança e à propriedade] limita os seus conteúdos, em conformidade com a lei". Já a Constituição portuguesa de 1976 (doravante, CRP) não utiliza a expressão (…) *mas isso não impediu o Tribunal Constitucional de afirmar a sua valência, no Acórdão 76/85, onde se escreveu que "[...] a velha conceção clássica da propriedade, o* jus utendi ac abutendi *individualista e liberal, foi, nomeadamente, nas últimas décadas deste século, cedendo o passo a uma conceção nova daquele direito em que avulta a sua função social".*(…) *A função social da propriedade na Constituição da República Portuguesa* (…) *a nossa Constituição garante a proteção do direito de propriedade no artigo 62.º, remetendo implicitamente o desenho das faculdades nele contidas para a lei civil, que absorve o percurso histórico do instituto (cfr. o artigo 1305º do Código Civil, doravante CC)* (…) *Ser proprietário traduz-se em gozar de forma plena e exclusiva dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertençam, embora com os limites e restrições impostos pela lei, estabelece o CC. E a Lei Fundamental, precisamente no artigo 62.º, n.º 2, reconhece **na utilidade pública uma das restrições possíveis ao direito de propriedade** — a mais drástica, uma vez que o extingue —, mas sempre com a contrapartida da justa indemnização."* Carla Amado Gomes, *Reflexões (a quente) Sobre O Princípio Da Função Social Da Propriedade*, Revista *E* pública – *revista eletrónica de direito público, disponível* na internet; https://www.e-publica. pt/ volumês /v4n3a02.htm l.

[496] Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Revista de Administración Pública Universidad de La Coruña, 2013, p, 77.

[497] "*Para las tesis individualistas, nos explica DUGUIT, el Derecho objetivo se funda sobre el Derecho subjetivo. Parte del presupuesto de que todos los hombres han venido al mundo libres e iguales y, con ello, dotados de unos derechos individuales que ostentan por el mero hecho de haber nacido. Surge, así, el Derecho objetivo como la necesidad de limitar los derechos subjetivos de cada*

(***A função social da propriedade privada no nosso ordenamento***)

Conhecemos a conceção individualista da propriedade privada do *Código de Seabra*, mas, como sobejamente já referido, a sua conceção resulta do direito romano (*lato sensu* – o nosso *direito base*)*;* a "nossa" propriedade privada sempre foi limitada. Não obstante alguns autores insistem, afirmam e reafirmam que a nossa propriedade seria ilimitada, sem limites, tal como havia sido a romana.

É sobre este pressuposto, que se identifica:

a) A primeira incongruência, que se percebe reiterar naquele erro antigo a que, entre muitos outros, se refere Marnôco e Souza (a propriedade privada romana nunca foi ilimitada) que, em busca de uma solução (para um problema inexiste) que limite a propriedade (em argumentário baseado na Escola do Serviço Público) se agigantam em inúmeros sucedâneos e corolários de funções sociais como a solução à limitação da propriedade privada;

b) A segunda incongruência percebe-se no atentado contra o natural (a negação do direito natural) e a consequente teorização não descritiva, sem apego à realidade generalizada, inovadora, porque ideológica, do mais *prático e mundano* dos conceitos de direito civil, o instituto da propriedade privada.

No entanto, a função social resultou plasmada nos *idos tempos* da Constituição de 1933, nas palavras de CARVALHO FERNANDES;[498] *"O Código Civil francês, sobre a influência das conceções demo-liberais da época, concebia o direito do proprietário como um direito absoluto, conferindo ao seu titular o poder máximo de usar e fruir uma coisa, na realização dos seus interesses particulares,*

---

individuo para asegurar la protección de los derechos de los demás. Esta doctrina ha tenido, para DUGUIT, el mérito de haber logrado por primera vez la limitación del poder del Estado. Sin embargo, ***es inadmisible****, entiende, por dos motivos. En primer lugar, porque descansa sobre una afirmación hipotética, que el hombre ha nacido en condiciones de libertad e independencia respecto de los demás. Pero esto* ***no es admisible, pues el hombre nace siempre miembro de una colectividad y sujeto a ella****. En segundo lugar, porque supone la existencia de un Derecho absoluto, natural*"; (Tradução livre)

[498] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, pp, 203-209.

tendo como assente ser esta a via adequada para a realização do interesse coletivo, através do livro jogo das vontades individuais (...) no seu art.º 544, como «le droit de jouir et disposer des choses de la manierére la plus absolute, pourvu qu´on n´en fasse pas un unsage proihibé par les lois ou par les rélements». Assim, ao poder quase discricionário do proprietário só se previam limitações, quando o seu exercício envolvesse violação de uma proibição legal. (…) *o artigo 35º da Constituição política de 1933 estatuía que «a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação económica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade coletiva». Não menos significativamente o nº. 1º do artigo 8º deste mesmo diploma, referindo-se aos direitos e garantias nele consignados, esclarecia que «os cidadãos deverão fazer uso deles sem ofensa dos direitos de terceiros, sem lesão dos interesses da sociedade, ou dos princípios da moral». (...) algo surpreendentemente, a função social da propriedade não encontrou na Constituição de 1976, em nenhuma das versões, uma consagração tão explícita como a que se continha nos diplomas atrás citados. A doutrina tem, contudo, deduzido de várias normas em que a ideia aparece aflorada (...) interessa aqui, em particular, o sentido do texto constitucional após as revisões de 1982 e 1989, que afastaram as notas marxistas do seu primeiro texto e assim atribuíram aos direitos reais um sentido consentâneo com a posição que lhes reservava a lei ordinária e elas tinham na vigência social.''*[499]

[499] Este autor prossegue referindo que (nas palavras de CARVALHO FERNANDES); "*Para além de a assinalada ausência de menção expressa a função social da propriedade vir agora atribuir maior relevo, nesta matéria, à figura do abuso de direito, ainda assim vários preceitos constitucionais se podem invocar no sentido da prevalência do interesse coletivo sobre o interesse egoístico do titular do direito. O ponto de partida da análise sistemática dos preceitos constitucionais, em vigência nesta matéria, é o artigo 62º da lei fundamental, onde se consegue o reconhecimento da propriedade privada, na feição própria de um sistema jurídico capitalista. (...) no texto constitucional, em termos mais coerentes, hoje, do que na sua versão original, com a consagração do direito de propriedade, o artigo 82º garante a existência de um setor privado dos meios de produção, ao lado do setor Público e do setor cooperativo. A subordinação da propriedade privada a uma função dominada pelo interesse geral extrai-se, entre outros, dos seguintes preceitos constitucionais; número 1 do artigo 61º (...) als. C) a e) do art 81º (...) art. 88º (...) al. d) do n.º 1 do art. 93º (...) als. A) e c) do art. 100º (...) no seu conjunto, estes preceitos só ganham sentido quando entendidos por forma a consagrarem a subordinação do exercício do direito de propriedade ao interesse geral, logo, a função social.''* Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito Reais*, Cit., pp 203-209.

Oliveira Ascensão esclarece que, entre nós, a denominada *função social* da propriedade privada, tão pouco corresponderia, verdadeiramente, à conceção apresentada em Buenos Aires, a original. Na verdade, aquela corresponderia a "um mal-entendido" (tal a sua inadmissibilidade original!) "vigorando em nós" uma proposta suavizada, uma outra realidade nominada de *função social* diversa da idealizada por Duguit.

Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO;[500] "*o princípio não deve ser mal-entendido, chegando-se por exemplo à conclusão que a propriedade se esgota toda nesta função social, como pretendia Duguit. A garantia da autonomia pessoal e, logicamente, o objeto primário da atribuição dos bens em termos reais. E essa falharia se a conduta do sujeito fosse minuciosamente determinada pelos órgãos públicos, sobre a alegação da garantia da função social. O que se pretende antes de mais é a colaboração com a liberdade dos indivíduos. As intervenções em nome da função social devem ser, prudentes, prevendo os casos em que os titulares se desviaram flagrantemente das necessidades gerais, ou em que estas se apresentem de modo premente (...) porém, a função social não se faz sentir unicamente nas regras sobre o exercício dos direitos, mas também nas disciplinadoras da sua atribuição e extinção*."

E tanto assim seria que, persistindo nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [501] "*o direito real deve desempenhar uma função social. O seu titular não pode, na mira das suas particulares conveniências, contrariar interesses sociais relevantes*";[502] ;

(***função principal***)

A questão será perceber a função social com principal e não como uma função geral, transversal a toda a regulação jurídica, a social.

Refere-se que tal desidrato não será exclusivo dos direitos reais, mas de toda a norma. A *função social* da norma está presente, de forma transversal à mesma, em

---

[500] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, pp, 197-198.

[501] Oliveira Ascensão, *ibidem*, 1987, p, 197.

[502] Será este o argumento que legitima a exceção (restrições e limitações essencialmente de ordem pública) e não uma espécie de ónus indefinido que sempre atentaria contra a taxatividade, percebido por uma abstrata função social; A função social é tarefa do estado e não corresponde a qualquer desiderato da propriedade privada.

todas as áreas de regulação[503], não cuidasse a norma da composição geral e abstrata do social; não será diverso perceber-se que o *fim social da propriedade privada* reside naquelas limitações impostas pelo princípio do regular exercício dos direitos (e seus corolários de direito público e privado) pois o abuso da função económica corresponde ao desvalor que alcança no conceito de "*próximo*" (próprio do direito romano clássico) e não no individualismo que determinaria a pretendida ilimitação de propriedade privada, que, como já referido *ad nausea*, nunca se verificou no direito romano arcaico nacionalista; para tal bastando a perceção da regulação dos *fundi* que os antiquíssimos *mores maiorum*[504] impunha aos *paterfamilias* inúmeras limitações.

Todos os regimes jurídicos de direito romano *latíssimo sensu*[505] adotaram conceções de propriedade limitada, sustentadas na segunda parte da fórmula de Bártolo; concluindo-se que as próprias premissas em que se sustenta a nossa conceção de *função social* da propriedade privada não serão exatos, revelando-se, tal função inútil e insuscetível de ser "*acoplada*" ao princípio do regular exercício dos direitos, que tem "vida própria" e independente da proposta pelo professor francês.

---

[503] As normas jurídicas são determinadas pela justiça e visam atingir a paz social; esta só se alcança atribuindo a cada um o que lhe pertence; retirando-se o desfrute das coisas ao proprietário, por força de uma qualquer função social olvida-se a "lição grega", e a paz e tranquilidade sociais resultarão postas em crise. Atente-se nas palavras de SEBASTIÃO DA CRUZ; "*as normas socialmente podem ser de vária ordem: religiosas, morais, éticas, de educação, de diplomacia, de etiqueta, etc., etc., e também jurídicas. As normas jurídicas são aquelas que eficazmente determinam e protegem o direito pertencente a cada um, contribuindo de um modo especial para a coexistência pacífica entre as pessoas. Dizendo-se (que a norma jurídica é) uma «nocturna» (palavra cujo significado próprio é esquadro), (...) são medidas para valor as coisas. Daí a expressão corrente «é preciso tomar medidas» deva ter o alcance final de «é preciso estabelecer normas jurídicas». Isto é, normas que obriguem coercitivamente. Essa expressão e o seu alcance último, afinal, contém um sentido profundo, já que a Ciência do Direito não é uma ciência do Ser, mas a ciência que se preocupa com os valores, ou mais rigorosamente, com a medição dos valores*(…) *determinam e protegem o que pertence a cada um, pois as normas jurídicas são ditadas pela Justiça, que é a virtude de atribuir a cada um o que é seu* (…) *determinando eficazmente o que é de cada um, nem permitem abusos de direito nem prejuízos para ninguém. Cada coisa (já apropriada) pertence ao seu dono; no seu lugar. Há ordem. E não há perturbações, nem das coisas a clamar pelo seu dono (...) nem das pessoas a reclamar pelas suas coisas. Há tranquilidade. Ora, a paz é precisamente a tranquilidade na ordem. Daí que a paz tem de ser fundamentalmente uma obra da justiça* (…) *não pode haver paz baseada em injustiças; haverá, quando muito, uma ordem imposta pela força. Mas… a força pode vencer; só a razão (a justiça) convence (...) E só o convencimento das pessoas produz a tranquilidade, e esta, como ficou dito, é um elemento integrante da paz*." Sebastião Da Cruz, *IUS. Derectum (Directum)*- HVMANITAS – Direito Romano, vols. XXIII e XXIV, Faculdade de letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Clássicos, 1971, pp, 10-11.

[504] Sebastião Da Cruz, *ibidem*, p, 162.

[505] Sebastião Da Cruz, *ibidem*, p, 39.

Será o *princípio do regular exercício dos direitos* e não qualquer *função social* que determinará tal conveniência.

(***a função social como um terceiro patamar***)

Como já referido, não se desconhece a pretendida equiparação entre os limites consuetudinários (do artigo 334º do CC) com uma qualquer *função social*, mas, não se vislumbra a conveniência em tal equiparação. Os usos e os costumes sociais limitam *ab initio* a propriedade privada e tal limitação é "irradiada com força própria e independente" em inúmeros corolários, (a sua origem é romana e secular e não se sustenta em qualquer inovação) impedindo o abuso da *função económica* da coisa que tem a função de proporcionar ao seu titular o desfrute das suas valências de uso, fruição e disposição.

Pelo contrário, a *função social* determinaria que a razão primeira da propriedade seria a satisfação do social, o que não se percebe como aceitável no que tange à privada; mas tal função pertence, em exclusivo, à propriedade pública.[506]

A função social é apresentada como um sucedâneo ao princípio do regular exercício dos direitos, uma espécie de "*norte*" que comporta, em si, um *plus* ao abuso de direito previsto no artigo 334º do Código Civil. Neste sentido, este autor acrescenta que, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO; [507]"*observemos ainda que o artigo 334º se reporta ao exercício dos direitos. Porém, a função social não se faz sentir unicamente nas regras sobre o exercício dos direitos, mas também nas disciplinadoras da sua atribuição e extinção*". Neste sentido, nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [508]"*cumpre desde logo assinalar que o instituto do abuso de direito se afastou, na sua evolução histórica, do campo dos atos emulativos, que constituem a sua fonte remota, para a assumir uma configuração objetiva e funcional. Nesta base, e quanto ao primeiro aspeto, são condenadas violações objetivas do valor jurídico ou extrajurídico; quanto ao segundo, faz-se apelo ao fim económico ou social determinante do direito subjetivo abusadamente exercido.*

---

[506] Acresce que o próprio termo (função social) é ambíguo: então não se advinha função social em toda a regulação humana (?).

[507] Oliveira Ascensão, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, p, 197.

[508] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, pp, 203-209.

Assim, o sentido fundamental do instituto (...) é o de não permitir o exercício das faculdades que o integram em termos que afetem interesses sociais relevantes (...) desde logo, o artigo 334º passou, a um tempo, a constituir o prolongamento, na lei ordinária, da função social subjacente ao sistema constitucional e a contribuir, conjugando se com ele, para a afirmação do sistema jurídico português. Neste segundo aspeto, dá consistência à extrapolação, acima referida, da função social do campo da propriedade dos meios de produção para os direitos reais, em geral."

Para além de tudo o já referido sobre o abuso da função económica; no que tange à função social da propriedade privada e com referência as lições de CARVALHO FERNANDES; [509] [refere que] "*os direitos são conferidos pela lei para a realização de certos fins, assim os poderes contidos no direito, ainda quando pareçam definidos como absolutos, não devem poder ser exercidos por modo que, muito embora sob o ponto de vista formal se conforme com a lei, o fim visado transcenda o fim económico e social definido pela ordem jurídica, ao atribuir esse direito*".

Mais uma vez se percebe que a teoria da função social surge, como espécie de limitação à propriedade privada. No entanto e, como já sobejamente referido, a propriedade privada nunca correspondeu a um instituto que desconheceu limites. É por essa razão que a (pretendida) *função social* deixou de ter qualquer tipo de aplicação prática foi (repristinada) retirada das soluções práticas que resultam deste instituto, como se referirá adiante.

Nota-se que uma qualquer *função jurídico-social* da propriedade corresponderia a uma teoria autónoma,[510] em resultado do afastamento, por via da

---

[509] Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral Do Direito Civil*, Vol. II, parte II, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983, p, 77.

[510] A propriedade privada será *fruto do seu tempo*; e os tempos presentes não percebem a *função social* da propriedade privada como uma função jurídica. Apenas como uma função de direito natural, própria dos homens enquanto seres solidários. Juridicamente; a propriedade privada corresponde a uma convenção pela qual é atribuído e por todos reconhecido ao individuo os poderes de uso, gozo e fruição sobre a coisa. Esta convenção coloca o titular do direito de gozo, em simultâneo, num triplo fluxo posicional (na relação jurídica real), pois corresponde aos concretos e simultâneos direitos, deveres e às limitações a que o proprietário se encontra adstrito. A primeira será a dimensão individual, a segunda a relacional e a terceira a social *ou subjetiva*.

i) A *dimensão individual*; corresponde ao direito de gozo sobre a coisa, seus poderes e faculdades.

superação, da *teoria do abuso de direito*, o que não se percebe, de forma alguma, como aceitável. Nas palavras de MENEZES LEITÃO; [511] "*a mesma* [a propriedade privada tal como concebida na constituição de 1933] *tal como o capital e o trabalho, desempenhavam uma função* (…) *podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade coletiva*".

Este autor conclui identificando as limitações legais do proprietário com a função social da propriedade. Neste sentido refere que, (nas palavras de MENEZES LEITÃO);[512]"*é manifesto que a propriedade possui uma função social, como se compreende pelas limitações legais que são estabelecidas em relação aos poderes do proprietário*", [referindo ainda que, atualmente] "*a propriedade é um espaço de liberdade, que permite ao proprietário, antes de tudo, a sua própria realização pessoal a qual é por ele decidida.*"[513].

Raciocínio que, em si mesmo consubstancia uma contradição; note-se que se os poderes do proprietário estão (e só podem resultar) limitados por lei, a mesma não pode, em simultâneo, conferir uma cláusula aberta e indeterminada que não resulte do texto da lei. Recorda-se que o início deste estudo se concluiu que a propriedade corresponde a um "conceito vivo, adaptativo e em constante mutação", tal como resulta da segunda parte do artigo 1305º do Código Civil; refiro a fórmula de Bártolo "dentro dos limites e com as restrições da lei". A lei restringe o direito à propriedade promovendo a sua apropriação pelo coletivo, correspondem estas às soluções da lei que se conhecem pelas figuras da nacionalização e da expropriação; o que se refere

---

ii) A *dimensão relacional*; é a que se percebe na relação do proprietário com seus confinantes e outros vizinhos. Tal como qualquer direito subjetivo, o direito de gozo sobre a coisa impõe também os respetivos deveres. Estes são impostos a todos, mas também aos proprietários vizinhos. (Se assim não fosse a convenção social seria inócua, pois permitiria que a propriedade privada fosse esgotada em turbação, não se garantindo o *pacto social* de desfrute da coisa). Também o proprietário privado está adstrito ao dever geral de abstenção no que tange à propriedade dos demais. (Esse potencial conflito é regulado pelas normas do *direito de vizinhança*.)

iii) A *dimensão social ou subjetiva*; da convenção (social e comunitária) que propende sobre a propriedade privada. Em estrito sentido jurídico, corporiza-se naquelas regras que legitimam a sua própria extinção por via da apropriação pública, em vista à satisfação dos interesses sociais. Refiro-me às restrições à propriedade privada, a *nacionalização* e a e*xpropriaçã*o, ainda a todas aquelas circunstâncias que determinam a requisição civil e afetem a propriedade privada. É esta dimensão social ou subjetiva da propriedade privada que legitima a sua extinção, operada pelos já sobejamente referidos meios de restrição à propriedade privada (nacionalização e expropriação) o a sua limitação por razões de ordem essencialmente públicas.

[511] Luís Menezes Leitão, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.p, 166.

[512] Luís Menezes Leitão, ibidem, p, 166.

[513] Luís Menezes Leitão, *ibidem,* p, 167.

para acentuar a deslocação da função social para a propriedade pública.

(***gramaticalmente***)

Acresce que, gramaticalmente, não se pode usar expressão *função* para além do seu significado exato; função corresponde ao um fim último e expressão material de existência de determinada coisa ou ideia. Afirmar uma *função social* à propriedade privada corresponde a retirar-lhe o caráter privado, declarando-a como *propriedade* social.

Por outro lado; se a percebermos (*a função social*) apenas como secundária, sendo a principal a económica, então não poderemos deixar de verificar que, na verdade, se trata de uma limitação à *função económica* da propriedade privada e não uma qualquer função social, autónoma ou não subordinada aquela.

Neste caso, porque subordinada e porque se percebe que estas duas funções seriam incompatíveis, a primeira, a económica anularia a segunda, a social.

Acresce que, objetivamente, as opções legislativas do nosso país não impõem uma *função social* à propriedade privada.

(**O *primado da pessoa no ser e não o no ter***)

Esta seria a fundamentação residual contra o (erradamente denominado) "individualismo" (melhor seria denominado de garantismo individual) caso triunfassem, no nosso hemisfério, as teorias coletivistas sobre a propriedade privada.

"Ainda hoje" encontramos "entre nós" algumas dessas manifestações ideológicas, sustentadas na reação contra a pretendida e propagada propriedade privada egoísta e ilimitada.[514]

---

[514] Recorda-se o antes concluído; a propriedade privada não é; e não pode ser, nem nunca foi ilimitada ou egoísta. Nunca o foi[514] nem poderá ser. Sempre foi limitada por razões de ordem social, mas essas limitações encontram, entre nós, atualmente, a seu ratio *legis* no *princípio do bom uso dos direitos* e não em qualquer *função social.* (*nas* palavras de MARNÔCO E SOUZA; "*deve-se, porem, evitar-se o erro antigo e comum de considerar o direito de propriedade, no systema romano, como um direito sem limites.* "Marnôco e Souza, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular E Português*, França Amado Editor, Coimbra, 1910, p, 407.*)* A título exemplificativo; percebe-se que aquele que compra a totalidade do pão de uma cidade, ou a totalidade do lote de medicamentos de um país (ou outros semelhantes), percebe a censura do açambarcamento não em qualquer *função social* da propriedade, mas sim na sua limitação, seja ela legal (direito objetivo) ou subjetiva (por força da autotutela dos demais), mas por imperativo das regras do abuso de direito; O proprietário de tais bens terá a sua propriedade sindicada por via do abuso de direito ou por qualquer dos seus corolários de direito objetivo. Qualquer outro exemplo que permita a constituição ou o desfrute, de uma propriedade

O ideário sustentava-se, em *último ratio,* na justificação ao pretendido primado *da pessoa no ser e não o no ter* e na supremacia do coletivo sobre o individuo.

(***a repartição***)

Aquelas perspetivas coletivistas identificam todos os "males" da sociedade na riqueza individual. Com tal baluarte *o fito* seria a extinção da riqueza e a consequente (suposta[515]) repartição.

Permito-me afirmar que o caminho não será a eliminação da riqueza, mas sim da pobreza.

Não será de evitar a disponibilidade da propriedade ao serviço de todos, pelo contrário, a paz social impõe que todos acedam à propriedade, mas certamente que não será a propriedade privada que deverá determinar esse desidrato[516], mas sim a propriedade pública.

(***os meios de produção***)

Nas palavras de CARVALHO FERNANDES; [517] "*o texto constitucional, em termos mais recentes, hoje* [2010] *(...) com a consagração do direito de propriedade, o art.º 82º garante a existência de um sector privado dos meios de produção, ao lado de um sector público e do sector cooperativo*". Fazendo clara alusão a uma função social da propriedade privada.

Em sentido diametralmente oposto, Pacheco de Amorim, em sede de análise constitucional do direito de propriedade privada, não se arreda das teorias ecléticas

---

abusiva e egoísta, só será "atacável" com recurso à lei ou aos bons usos sociais e aos bons costumes, que determinam concretas, justas, efetivas e práticas limitações e não com recurso a uma qualquer *função social* da propriedade.

[515] Diz-se suposta porque nem a história nem os atuais exemplos internacionais (pouco) nos permitem descortinar repartição alguma entre o "povo" e os dirigentes políticos dos "comités centrais", neste particular assistia integral razão ao ideólogo francês… "*según DUGUIT, que la mayor fuerza de los gobernantes sobre los gobernados y, con ello, cualquier intento de justificación de ese poder, acudiendo a* ***una pretendida distinción entre el Estado como sujeto titular de la soberanía*** *y los gobernantes como personas físicas que detentan ese poder,* ***descansa sobre una ficción*** "

[516] É certo que alcançável, mas no rigoroso cumprimento das disposições legais vigentes, isto é; percebido e declarado o interesse público e efetuado o justo e pronto pagamento daquelas coisas que resultem apropriadas.

[517] Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direito Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010., p, 207.

refere que, nas palavras de PACHECO DE AMORIM; [518] [as] "*garantias constitucionais da propriedade,* (…) *a noção de direito de propriedade privada, em abstrato, designa num primeiro momento uma relação privada de uma pessoa ou entidade com determinado bem, de que resulta para os demais consociados, num segundo momento ou dimensão, um dever de abstenção ou de não perturbação, uma obrigação universal de respeito "*.

Carvalho Fernandes, faz referência aos artigos 61º, 62º, 81º, 93º e 100º da Constituição da República Portuguesa, em argumentos que redundam na consideração dos meios de produção e propriedade privada como sinónimos[519]. No entanto, atualmente; os *meios de produção privado* correspondem a universo e realidade empresarial que, invariavelmente, não coincidem com a propriedade suscetível de enquadramento adstrito em quaisquer *funções sociais*.

Atente-se às inúmeras formas de locação industrial, aos inúmeros contratos de *colaboração* e contratos *de fim,* de direito comercial, industrial e empresarial, nacionais, comunitários e internacionais; e à indesmentível dissidência entre o *capital* e as *unidades de produção*.

A título meramente exemplificativo e de acordo com a classificação da Doutrina,[520] (em termos empresariais) referindo-nos aos meios de produção relevantes; Seja na *matriz contratual*, seja na *matriz de organização e cooperação,* não se alcança, em termos práticos, como pode determinar-se qualquer f*unção social* aos meios de produção relevantes pois," o capital já há muito se deslocou" deste nosso quadrante geográfico, protegendo-se "aos primeiros esboços" de *ideários estranhos* ao desfrute privado da coisa industrial e da eficácia produtiva. Não se verificando qualquer possibilidade prática de impor *função social* aos meios de produção. Vejamos… o contrato de *Know how* determina a produção em plataformas empresariais voláteis e juridicamente protegidas a nível internacional, (onde não se encontra "rasto a função social" alguma) e implementam-se no nosso País por diversos tipos de contratos.

---

[518] Pacheco De Amorim, *Direito de Propriedade Privada e Garantia Constitucional*, Faculdade de Direito, (Boletim de ciências económicas-Homenagem ao Professor Doutor António José Avelãs Nunes) Universidade de Coimbra, 2014, *pp*, 232-233.

[519]Carvalho Fernandes, *Lições de Direito Reais*, Cit., 221, p, 207.

[520]Engrácia Antunes, José, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, 5ª Reimpressão, pp, 341-757.

Os típicos e, entre muitos outros, serão os contratos de *Joinventure*,[521] o Consórcio, a (AP) Associação em Participação, o (ACE) Agrupamento Complementar de Empresas, o (AEIE) Agrupamento Europeu de Interesse Económico, o Grupo Paritário, na Aliança Estratégica, o Acordo de Empresa, a Agência, a Concessão, a Distribuição Seletiva, ou outros, (invariavelmente sustentados na locação e *Insurance* internacional).

(***visão atualista***)

Não sendo, pois, razoável a sugerida equiparação entre os meios de produção e a propriedade, ou suscetível de se perceber como aquele conceito de *função social* determinaria os meios de produção, distribuição ou comercialização de uma qualquer unidade produtiva.

Em visão atualista revela-se imperscrutável a relação, ainda que teórica, ou de mera equivalência (reitera-se, na atualidade) entre *propriedade* e os *meios de produção*.

Mas, mesmo nesta visão (que não se aceita) mas que se refere como mera hipótese académica, que determinaria a propriedade como sinónimo de titularidade dos meios de produção, deve-se concluir que os artigos 61º número 1 e 100º, da norma Constitucional, se identificam e limitam com o requisito do interesse público apropriativo (utilidade pública) e não com qualquer limitação imprópria à fórmula positiva de propriedade de Bártolo, plasmada na primeira parte do artigo 1305º do Código Civil.

(conceções ideológicas)

Como já sobejamente referido, não se pretendem calcorrear caminhos ideológicos, a estes se refere (apenas) e por forma a retirá-los à racionalização prática que preside ao (bi) milenar instituto da propriedade; só porque são impregnados de pouco (ou nenhum) rigor científico e fraco discurso lógico.

(***a lição grega***)

No entanto, *apenas de prisma abstrato e lógico*, refiro que tão pouco a liberdade social (liberdades generalizadas) e individuais podem ser alcançadas sem

[521] Nas duas subespécies, *corporated ou unicorporated*,

a propriedade privada, com a coletivização da mesma, ainda que camuflada por *funções sociais*, que, qual sementes, iriam crescer e atingir proporções extintivas do privado; reitera-se que a dimensão e valências sociais, coletivas e públicas da propriedade cabem ao Estado.

Resulta expresso na origem deste conceito de função social a sua base coletivizante.

Não colhe o argumento que o ideólogo francês não se compunha declaradamente no Marxismo. Na verdade, (contra factos não há argumentos) negava os direitos individuais e propagou a supremacia do coletivo sobre o indivíduo, mas o mundo tomou outros rumos, escolheu as liberdades individuais e o respeito pela singularidade do individuo.

A *lição grega*[522] esclareceu a humanidade que a riqueza é sinónimo de propriedade privada, pois tudo vem da terra; e que sem propriedade privada o homem não é verdadeiramente livre.

A razão fundamental desta tomada de posição encontra-se na base primeira da *liberdade individual*, a *independência económica*; A liberdade do homem, de todos, só se alcança verdadeiramente com a independência económica; e a independência económica só se atinge com a riqueza individual.

Só o indivíduo independente pode *pensar, escolher, expressar-se e agir livremente*, a propriedade privada será, pois, a condição primeira à liberdade do individuo. Rousseau advertiu que "*não há mais eficaz forma de submeter os demais que remetê-los à miséria*"[523].

(***a NATURAL função social***)

Coisa diversa de afirmar *função social* principal à propriedade privada, será referir que a propriedade privada, para além de limitada pela lei, também é limitada pelos usos e costumes, pelo princípio do *regular exercício dos direitos*.

---

[522] *Vide supra*, p, 27.

[523] Jean-Jacques Rousseau, *O Discurso Sobre A Origem Da Desigualdade*, judicare, Revista eletrónica faculdade de Direito Alta Floresta – MT V.8, N.2(2015*)* ponto 3, disponível na internet; https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/Discurso-sobre-a-Origem-da-Desigualdade.pdf

Atualmente a função social não corresponde a um conceito ou imposição jurídica; mas do direito natural; aquele que todos percebem, o que nos faz sentir a incorreção e a censura, mesmo aos mais desprovidos de auto critica. Corresponde ao *senso de justo* e correto que a todos é intrínseco. A existir uma qualquer *função social* da propriedade privada (que reside indiscutivelmente como função principal da propriedade pública) deve perceber-se não no direito escrito, mas no direito natural; quem titula o desfrute deve, ainda que residualmente, usar a sua coisa também em função dos demais, na medida das circunstâncias e do que resultar da sua sensibilidade pessoal.

Reitera-se que será também autolimitada por todas aquelas regras que, apesar de não escritas, todos percebem pela repulsa que causa o seu não acatamento. Referem-se aquelas normas que se sentem e que nos são inatas a todos os seres vivos, aquelas que todos conhecemos e temos dificuldade de verbalizar, refere-se o Direito Natural.

Estes conceitos subjetivos autolimitam os poderes de gozo da coisa em função de determinados interesses sociais, será por via destes que se percebem (os conceitos da) a razoabilidade, normalidade, éticidade e outros para os quais nos remete a lei, em concreto o artigo 334º do Código Civil, por força *do princípio do regular exercício dos direitos* [524].

(***A função social da propriedade pública***)

Atualmente (há décadas) não se regista, nas opções legislativas vigentes,[525] segmento algum que declare a existência de função social da propriedade privada; sabemos que a propriedade corresponde a um *conceito vivo*, a*daptativ*o e *vigoroso* porque é *fruto dos seus tempos*.

Não resultará, pois, de uma qualquer função principal, dita *social*, a limitação da propriedade privada por via de equiparação entre propriedade privada e meios de produção; tão pouco por confusão com a função da propriedade pública; esta verdadeiramente vocacionada à função social.

---

[524] *Cf.,* Acórdão do STJ de 21 de novembro de 1972 *in* BMJ, n.º 221, página. 253; Acórdão do STJ de 15 de abril de 1975 *in* BMJ, n.º 246, p, 138.

[525] Seja como for, a denominada *função social* da propriedade sempre determinaria uma intolerável insegurança jurídica, pois iria implementar uma cláusula de intolerável indeterminação, também contrária à taxatividade dos direitos reais.

A função da propriedade privada será, por natureza, privada e não social; as suas limitações serão as que decorrem do *princípio do regular exercício dos direitos* plasmados em inúmeros corolários, de direito objetivo.

Bem se percebe que as alíneas a) (a) n) do artigo 81º da Constituição da República Portuguesa, afirmam, inequivocamente, ser ao Estado que incumbe a prossecução do interesse social e não à propriedade privada.

O Estado dispõe de meios de restringir a propriedade privada, (nacionalização e expropriação) também de a limitar (essencialmente) por razões de interesse público.

Verificando-se o interesse social do desfrute de determinada coisa, o Estado, este sim, na prossecução da sua função social deve restringir determinada propriedade privada, disponibilizando-a ao interesse e desfrute social, (mediante pagamento dos valores considerados comercialmente justos, ao titular desapossado). É desta forma que se percebe que função é realidade diversa de limitação e, esta, por sua vez, diversa de restrição ao direito de propriedade.

(***função social - análise critica***)

Impõe-se a objetividade e a compreensão prática, útil e simples, do direito real máximo de gozo.

A nossa realidade legislativa (real) é harmónica, (é certo que com alguns corpos estranhos, antes assinalados) e de tal forma que desde 1966 é aceite, percebida e respeitada; não há razões para a impugnar com alterações de paradigma, no geral verifica-se harmonia entre o direito escrito e as *regras*.

As limitações da propriedade privada encontram a sua r*atio* no regular e comedido exercício dos poderes do proprietário em vista à obtenção do seu desfrute. A sociedade (a vizinhança alargada) é composta por um sem número de proprietários que, simultaneamente, exercem os seus poderes de gozo sobre a coisa e respeitam o gozo dos demais.

É esta função económica da propriedade que permite e preside a um equilíbrio fundamental, assente na segurança jurídica que o *pacto social* da propriedade privada nos ensinou respeitar.

Será de aceitar a existência de uma residual função social na propriedade

privada, alias na senda da pontual adesão à Escola Católica, [526] na verdade a propriedade privada deve determinar o proprietário naquele espírito de auto partilha, própria das conceções Cristãs (generalizadas) respeitando e ajudando, na medida do que (lhe) for ditado pela consciência de cada um. A partilha com (o próximo) o confinante e o vizinho. Aliás; o que agora se refere corresponde, convenhamos, ao pulsar generalizado de todos nós, ninguém o poderá negar, todos nós já ajudamos no passado e fomos ajudados.

No nosso magnifico País, as nossa magnificas gentes pensam assim.

Não será arriscado afirmar que será esta a *regulae*, a regra que as nossas gentes sentem, todos dispõem de um pouco para ajudar o próximo, esta será a função (secundária) social que se reconhece na nossa propriedade privada.

Coisa diversa será reconhecer uma qualquer função social principal à propriedade privada.

Assim se afirma e refere que a expressão *função social* não deverá ser usada no sentido de adequação da propriedade privada em benefício do social ou do comunitário. Neste sentido e, nas palavras de MANUEL ALBALADEJO; [527] "*a propriedade não é uma função social no sentido que se confira um poder de, em resultando do seu uso adequado, resulte e se desempenhe tal função em benefício da comunidade. A propriedade corresponde a um direito subjetivo privado outorgado ao seu titular*."

(***sucessão ideológica***)

Uma referência à sucessão ideológica que os tempos trouxeram à nossa conceção de propriedade, atualmente em claro antagonismo com a pretendida *função social*, enquanto conceito jurídico principal, percetível na nossa propriedade privada.

---

[526] *Vide supra*, p, 98.

[527] "*la propriedade no es una funcion social, en nel sentido de que se otorge el poder sobre la cosa para mediante su adcuado uso se desempeñe dicha funcion en beneficio de la comunidade. La propriedade (...) es un derecho subjetivo privado, outorgando a su titular* el disfrute de la cosa" Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil – derecho de bienes*, Edisofer, 2016, duódecima edicion, Madrid, p, 156; (Tradução livre.)

Nas palavras de PACHECO DE AMORIM; [528] "*O art. 62º da CRP não salvaguarda a chamada função social da propriedade* (…) *bem fez o constituinte, a nosso ver, em não utilizar outra* [expressão] *análoga, como a que efetuou no art. 61º, nº 1, o (progresso coletivo)* ".

A *função jurídico-social* [529] do direito de propriedade corresponde à materialização ideológica de opções legislativas que, atualmente, não existem, não se verificam como atuais.

Se a propriedade privada se justificar na *função social*, em termos jurídicos, forçosamente lhe retiramos o seu carácter individual de desfrute, remetendo-nos à coletivização.

Acresce que esta, a coletivização e todos os seus *teólogos*, estão impregnados de raciocínios intolerantes, dados a críticas alheadas ao racional com que discordam, centrados na critica ao concreto individuo e não às suas ideias, aterrorizando-os aqueles que pensam de forma autónoma e livre.

10. Conclusões.

A relação dos cidadãos com as coisas que possuem e das quais retiram aproveitamento económico, corresponde a um *pacto social*.

Este estabeleceu e resulta, há milhares de anos, d*as regulae iures* que todos percebem e compreendem.

As *regulae iures* correspondem à regra. Estas e só estas validam o direito escrito e ditam a sua sorte.

---

[528] Pacheco De Amorim, *Direito de Propriedade Privada e Garantia Constitucional*, Faculdade de Direito, (Boletim de ciências económicas-Homenagem ao professor Doutor António José Avelãs Nunes) Universidade de Coimbra, 2014, pp, 232-233.

[529] Estas conceções não explicam como o Estado se pretende cindir do individuo; olvidam também a "*lição grega*", o homem, *enquanto tal*, titula direitos fundamentais e originais; serão estes que irão sindicar a sua relação com o Estado.

.

O artigo 1305º do Código Civil de 1966 decompõe-se em duas fórmulas, a positiva e a negativa. Estas estabelecem o direito exclusivo e os limites do *pacto social de dominio*. Estas fórmulas são as dos Comentadores de Bártolo.

É do conhecimento da origem da propriedade, do seu desenho rudimentar, primeiramente conhecido nos escritos dos egípcios, mesopotâmicos, gregos e hebreus, que se percebe a magistral proclamação final do instituto da p*roprietas*, por Justiniano.

Desta magnifica viagem resulta o entendimento que a propriedade é limitada pela função económica (aemulatio ictus) do seu desfrute e, em simultâneo, pelo *princípio do uso regular dos direitos* pelos bons usos sociais e costumes da comunidade.

Trata-se de um equilíbrio subtil, mas efetivo. Do mesmo depende a salvaguarda da segurança jurídica. É esta, a segurança jurídica, a *melhor amiga* da propriedade privada. Esta, por sua vez, a fonte das liberdades individuais.

A insegurança jurídica sobre os contornos da propriedade privada pode resultar de conjunturais conceções religiosas, ideológicas ou políticas de socialização ou de coletivização. Sejam quais forem, quando desbalizadas, conduzem ao isolamento e às estruturais falências e ruína económica das comunidades nacionais.

O direito de propriedade privada carece de segurança jurídica, pois constitui as bases da riqueza individual.

Estas bases (direto de gozo e seus limites) devem resultar clara e objetivamente da lei, de forma tendencialmente imutável. As exceções devem corresponder a *atos graves e raros*, *aturadamente* fundamentados, percebem-se nas restrições à propriedade privada.

Se assim não for, porque nela se sustenta o instituto, a propriedade privada irá ruir *encamisado* em tantas e tamanhas *ficções* e teorias que se afastam dos *traços direitos que só a régua permite fazer*.

Entre outros, refiro-me à mescla conceitual que pretendia (cada vez em maior desuso) a equivalência entre limites e *funções* da propriedade, camuflando uma coletivização latente e progressiva.

A lei vigente deve ser clara e objetiva, exata e literal, como legislado em 1966 por Antunes Varela e Pires de Lima que limitaram a propriedade pela sua *função económica*; limitando-a nos bons usos e costumes sociais, nos termos previstos no

artigo 334º do Código Civil e seus inúmeros corolários positivados, declarando-a inequivocamente titulada e ao serviço do proprietário.

A propriedade é também limitada por razões de ordem social. Entenda-se estes como os que correspondem aos bons costumes e usos sociais que impedem o abuso da função económica e inaceitáveis egoísmos por parte dos proprietários.

Neste sentido, só neste, ainda que de forma não-jurídica, a propriedade privada deve conciliar o desfrute individual da coisa em obediência às *lições hebraico- Cristãs*, aceitando as pontuais cedências de altruísmo para com *o próximo*. Estas não corresponderão a uma qualquer função jurídica, mas a uma função da propriedade própria do *Direito Natural*; negá-la atenta contra aquelas regras que todos percebem, ou *persentem*, de forma sentida e sensorial. Só neste sentido a propriedade privada terá, indiscutivelmente, uma "f*unção*" social.

Mas a propriedade privada, para além de limitada, é também restringível.

Será restrita na medida em que o *Estado*, este sim, no exercício da sua função social, nos limites da lei, dela se possa apropriar, colocando-a *ao serviço e em função do social.*

A propriedade privada corresponde a realidade natural, avessa a artificialismos, devendo ser positivada pela forma como é entendida em geral e por todos, não por alguns (poucos).

A propriedade deve ser definida e positivada de acordo, respeito com a efetiva e prática realidade, pois *não é do direito* (escrito) *que se extrai a regra* (no sentido do direito efetivo porque praticado e respeitado por todos).

O *legislador* não poucas vezes se olvida das *regulae iuris* … recentemente (2017) implementou alterações em sede de direitos reais. Refiro-me aos *inovados* artigos 1302º, 1305º-A, 1318º, 1323º, todos do Código Civil; claramente com objetivo *teórico* de distinguir *coisas d*e *animais,* sem efeito prático pois a propriedade *não é dada* a conceções ideológicas, trata-se de um conceito natural ao homem, de *férrea* e incontornável *mundividência,* porque o define socialmente.

Deste conceito depende, inclusive, a própria liberdade do individuo.

Decorre da *lição grega* que a delimitação, objetiva e clara, do direito de propriedade, a sua efetiva distribuição e titularidade, constituem o núcleo fundamental dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

O individuo só será verdadeiramente livre (de escolher, expressar e agir) se for economicamente independente do coletivo e do social, a este não subjugado e

dependente; como uma "peça" destinada a especifica função, como que coletivizado, opaco, sem rasgo nem brilho próprio… com a opacidade própria dos subjugados.

Conclui-se com o pensamento e palavras com que se iniciou este estudo, de HENRY MORGAN; [530] "*chegará um tempo em que a razão será suficientemente forte para (...) fixar as relações do Estado com a propriedade que ele protege e os limites aos direitos dos proprietários".*

Esse tempo poderá ser o presente. O Estado tem à sua disposição todos os mecanismos legais de dominio, sindicância e distribuição da riqueza; tem também as *relações com a propriedade estabilizadas* pelas formas de restrição da propriedade privada e suas limitações.

Por fim; referir que os proprietários privados devem perceber os limites da propriedade privada, sejam de que tipo forem, também no *bom senso* do social.

O social que se encontra plasmado nos limites próprios dos bons usos sociais e costumes comunitários.

Neste sentido a propriedade privada cederá perante o contorno e equilíbrio próprio do convívio e interação de todos e deverá subjugar-se a uma função, ainda que não-jurídica, ou apenas só indireta, de solidariedade social, respeitando os mais fracos, as familias; inviabilizando-se efetivamente, à perda da dignidade do homem, obstando a qualquer espécie de efetiva transmutação em "coisa horrível".

> Já ROUSSEAU advertia que "*não há mais eficaz forma de submeter os demais que remetê-los à miséria"*[531], isto é, à efetiva carência de propriedade privada.
>
> Não se olvida que tudo vem da terra e a terra; a "*nossa* terra" não me confere liberdades individuais, só a minha terra…

---

[530] Lewis Henry Morgan, *A sociedade antiga. Introdução,* Edições Zahar, São Paulo. 2014, p, 20.

[531] Jean Jacques Rousseau, *O Discurso Sobre A Origem Da Desigualdade,* judicare, Revista eletrónica faculdade de Direito Alta Floresta – MT V.8, N.2(2015) ponto 3.; também disponível na internet; https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/Discurso-sobre-a-Origem-da-Desi_gualdade. pdf.

Bibliografia;

AMADO GOMES, Carla, *Reflexões (A Quente) Sobre O Principio Da Função Social Da Propriedade*, Revista *E* pública – *revista eletrónica de direito público, disponível* na internet; https://www.e-pub lica. pt/ volumês /v4n3a02.htm l.

ALEJANDRE GARCIA *Juan, Temas de Historia del Derecho. Derecho Primitivo Y Romanizacion jurídica*, 1977, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

AMILCAR GUERRA, *A Religião Romana*, Civilizações Clássicas, Universidade Aberta, *e*.UAB., Coleção Universitária, 2014.

ANTUNES VARELA e JOÃO DE MATOS, *das obrigações em geral*, 10ª edição, 2003.

ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado* - Volume 2ª edição Revista e Atualizada, Pires de Lima e Antunes Varela, *com a colaboração de M. Henrique Mesquita*, Walter Kluwer, Coimbra Editora, 2010,

ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, volume III, segunda edição revista e atualizada, 2010

ARANA MUÑOZ, Jaime Rodrigues, Universidad de La Coruña, Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 190, Madrid, enero-abril (2013), pp, 61-100, disponível na internet; file:///C:/ Downlo ads/ Dialne tSobreL as Trans for maciones Del Derecho Publico DeLeonDug 4250918% 20(1). Pdf

AULIO GÉLIO, *Noctes Atticae (*disponível online, *in* penelope.uchicago.edu).

ALVIS Y ARMÁRIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, REUS, 3ª adição, Madrid, 1982,

ARAÚJO PINTO Cristiano, *Fundamentos da História do direito- Direito E Sociedade No Oriente Antigo; Mesopotâmia e Egito*- 3ª Edição, edições Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

ARISTÓTELES, *a Constituição dos Ateniense*, Fundação, 4ª edição, Calouste Gulbenkian, 2002.

CABRAL DE MONCADA Luís, *Elementos da História do Direito Romano – Fontes e Instituições*, Coimbra Editora, 1923.

CABRAL DE MONCADA, *Atual Crise do Romanismo na Europa* Boletim da Faculdade de Direito, 1984.

CANDEIAS SALES José, A *Ideologia Real Acádia e Egípcia*, Edições Estampa, Lisboa, 1997.

CARLOS WOLKMER, Fundamentos da História do direito, 3ª Edição, edições Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Comun Y Foral*, Vol. I, REUS, Madrid. 1992.

CARVALHO FERNANDES, Luís, Teoria Geral Do Direito Civil, Vol. II, parte II, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1983.

CARVALHO FERNANDES, Luís, *Lições de Direito Reais*, 6ª edição, Editora *Quid Iuris*, Lisboa, 2010.

CESAR CABRAL, Gustavo. *A Lei Da Boa Razão e as Fontes Do Direito: Investigações Sobre As Mudanças No Direito Português Do Final Do Antigo*

Regime, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010; (disponível na internet; www.publicadireito.com.br)

CRUZ TEIJEIRO José, *Privates Römisches Recht*, de Max Kaser, versão espanhola 5ª Edição, 1982, Editora REUS, Madrid.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso De Direito*, Almedina, 2005

DÁRCIO RODRIGUES, Martins, as Institutas de Gaio, bilingue, 2020, YK Editora, São Paulo

DELGADO DA SILVA, António, *Collecção da Legislação Portugueza desde a última compilação das Ordenações*. Lisboa, Typ. Maigrense 1825 a 1830. fol. 6 vols. (legislation, by chronological ordem, between 1750 and 1820).

DELFIM FERREIRA, *Constituição dos Atenienses*, Fundação CALOUSTE GULBENKIAN, 4ª Edição, pp, 28-29. 1986.

DI PIETRO BONFANTE, Alfredo, *Istituzioni di Dirito Romano*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1925.

D`ORS, **ÁLVARO** *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidade de Navarra, Pamplona, 1983.

D´ÓRS; HERNANDES – TEJERO; P. FUENTESECA; M GARCIA – GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975. (Vol. I).1975-

D´ÓRS; HERNANDES – TEJERO; P. FUENTESECA; M GARCIA – GARRIDO y J BURRILLO, *El Digesto de Justiniano*, Editorial Aranzadi, Pamplona, (Vol. III).1975.

EMANUEL BOUZON *Lei, ciência e ideologia na composição dos «códigos» legais cuneiformes*, Revista do Instituto Oriental Universidade de Lisboa, 2008.

EMANUEL BOUZON *A Propriedade Fundiária na Baixa Mesopotâmia Durante o Período Paleobabilónico*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 1,1991.

EMANUEL BOUZON, *Lei, ciência e ideologia na composição dos «códigos» legais cuneiformes*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa, Cadmo. Nº 3, 1993,

ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, 5ª reimpressão,

ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012

FERNANDO NORONHA, *Direito, Sociedade e Método Jurídico*, janeiro de 2010, Federal University of Santa Catarina, Article in *Sequencia Estudos jurídicos e políticos*. 2019, disponível na internet; https://periodicos. ufsc.br/index. Php /sequencia/article/view/1548 7

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; *Liminares Nas Ações Possessórias*, 2ª edição, São Paulo, 1999,

FRANCISCO MENDONÇA MELLO, -Ahrens, *Curso de Direito Natural Ou De Filosofia Do Direito*-, Tipografia Da Viúva Rodrigues, Coimbra, 1844.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *A Cidade Antiga*, Editora Clássica, 11º edição, 2014.

GONÇALVES FRANCOLINO, Frei, *Exilio babilónico de «Israel»: realidade histórica e propaganda*, Instituto Oriental da Universidade de Lisboa n. 10 (atas do coloquio internacional "*sociedade, religião e literatura no próximo oriente antigo*")2000.

GARCIA GARRIDO, *Manual de Derecho Privado Romano*, Madrid, Editora Dykinson.1993.

HENRY MORGAN, Lewis. *A sociedade antiga. Introdução*, Edições Zahar, São Paulo.2014.

KELSEN HANS. *Teoria Pura do Direito*, 7ª Edição, Martins Fontes, 2006,

KRIEGEL; HERMANN Y OSENBRÜGGEN (traduzido para o espanhol por D. Ildefonso L. Garcia Del Corral; *CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO*, Tomo IV; segunda parte, CÓDIGO, Tomo I, pp 383-384, Jaime Molinas, Editor – Valencia, 1992

JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Enquadramento Histórico do Código Civil Português*, Boletim da Faculdade de Direito, VOL XXXVII, 1961.

LEONOR PEREIRA, Ana, *do Jogo Natural ao JUGO Social* – O Sagrado e o Profano, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1987.

LOPES E VASCONCELLOS, Manoel, *Digesto ou Pandectas do imperador Justiniano*, Volume 1, Editora YK São Paulo, 2020

LEME KABLIM, Aracy, *História Geral do Direito, Editora* Revista dos Tribunais., 2004

LOZANO CORBI, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos lXVII - Sección de Derecho Romano- XVII, Valparaíso, Chile, 1995

MACHADO CABRAL, Gustavo, *A LEI DA BOA RAZÃO E AS FONTES DO DIREITO: INVESTIGAÇÕES SOBRE AS MUDANÇAS NO DIREITO PORTUGUÊS DO FINAL DO ANTIGO REGIME*, Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010; disponível na internet, www.publicadireito.com.br

MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo*, Almedina, 9ª Edição, Vol. II, 1987.

MARCELLO CAETANO, *História Do Direito Português*, Editorial Verbo 3ª edição, 1992.

MÁRIO RAPOSO, *Direitos das Pessoas*, Edições Universidade Internacional, 1989.

MÁRIO TAVARELA LOBO, *Manual Do Direito Das Águas*, Volume II, 2ª edição (revista e atualizada) Coimbra Editora, 1999.

MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil – derecho de bienes*, Edisofer, duódecima edicion, Madrid, 2016.

MARTINS RODRIGUES Dárcio, Institutas de Gaio, YK Editora, São Paulo, 2020.

MARTIN LIPST, Seymour, e Stein ROKKAN, *Estruturas de clivagem, sistemas partidários e alinhamentos de eleitores. Consenso e Conflito*, Editoria Gradiva - Lisboa, 1992.

MARNÔCO E SOUZA J, *História das Instituições Do Direito Romano, Peninsular E Português*, França Amado Editor, Coimbra, 1910.

MAX KASER, *Privates Römisches Recht*, versão espanhola por José CRUZ TEIJEIRO, 5ª Edição, Editora REUS, Madrid, 1982.

MCNALL BURNS, Edward, *A história da Civilização Ocidental*, Volume I, tradução de Gomes Machado e Lourdes Santos Machado, 2ª Edição (sem data), 5ª reimpressão, Editora Globo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e São Paulo, nota de conformidade com a 4ª edição norte americana, 1982.

MENEZES LEITÃO, Luís, Direitos Reais, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Edições Jurídicas LEX, Almada, 1979.

MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Almedina, 4ª edição, 2019.

MENEZES CORDEIRO, Revista De Direito das Sociedades, nº I, 2009.

MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 3ª edição, 1996.

NASSER CURY, Paula Maria e Antônio Cota MARÇAL, *uma releitura da escola da jurisprudência dos conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo, in* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009).

ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA ASCENSÃO José, *Direito Civil - REAIS*, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987.

PACHECO DE AMORIM, *Direito de Propriedade Privada e Garantia Constitucional*, Faculdade de Direito, (Boletim de ciências económicas-Homenagem ao professor Doutor António José Avelãs Nunes) Universidade de Coimbra, 2014.

PAULA MARIA NASSER CURY e ANTÓNIO COTA. *Uma releitura da escola da jurisprudência dos conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo, in* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, disponívelhttp://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/ arquivos/anais/saopaulo/Integra.pdf

PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaires d`Droit Civil*, 3.ª ed. Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1903.

QUEIROZ de MORAES Bernardo, *Manual de Introdução ao Digesto*, 2017, Editora YK, São Paulo,

RASMUSSEN TOM. *Etruscan ritual and religion* (Timothi Insoli Edition) The Oxford Handbook of the Archaeology of Ritual & Religion. Oxford University, Press, 2011

RIBEIRO FERREIRA, José, *A Grécia Antiga*, Edições 70, 2004

RIBEIRO FERREIRA, José, *Da Atenas do séc. VII a.c. às reformas de Sólon*, Coleção Estudos, Faculdade de Letras, Coimbra Editora. 1988.

RODRIGUES, Raul e Ana, *Direito Romano*, Escolar Editorial, Lobito, Angola, 2014.

ROUSSEAU, Jean Jacques *O discurso sobre a origem da desigualdade, judicare, Revista eletrónica faculdade de Direito Alta Floresta – MT V.8, N.2(2015) http://judicare.com.br ponto 3.* também disponível na internet; https: //abdet .com.br/site/wp-content/ uploads/ 2015/10/ Disc urso-sobre-a-Origem-da-Desi gu aldade. pdf.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *O contrato Social*, (tradução de António de Pádua Danesi) Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999.

RUI AMARAL, *A reversão dos bens expropriados*, Revista CEDOUA – revista do centro de estudos, do direito e do urbanismo, e do ambiente, Doutrina, n. 13, ano VII, 2004.

RUI DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História Do Direito Português*, Vol. I -Tomo II, Faculdade De Direito, Lisboa, 1983.

SANTOS JUSTO, António *«A fictio Iuris» No direito Romano «Actio Ficticia» – Época Clássica*, Coimbra, 1988.

SANTOS JUSTO, António, *Direito privado romano --- III (direitos reais), Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 1997.

SANTOS JUSTO António, *Direitos Reais*, 6ª Edição, Almedina, 2019.

SANTOS JUSTO António, *Introdução Ao Estudo Do Direito*, 11ª Petrony Editora, 2020.

SANTOS JUSTO, António, *Manual de Direito Privado Romano*, 3ª Edição, Petrony, 2021.

SANTOS JUSTO, António, Noticias, HVMANITAS LII, as leis de Sólon e das XII Tábuas, a propósito do livro da VIDA DE SÓLON, traduzido e comentado por Delfim Ferreira Leão, disponível *na internet*, *www.UC.PT/ ficheiros /humanitas 52/14_pdf;*.(2000).

SANTOS JUSTO António, Nótulas de História do Pensamento Jurídico, Coimbra Editora,2014.

SACADURA ROCHA, José Manuel, *História do Direito no Ocidente*, edições Forense, Rio de Janeiro, 2015.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von, *Traité de Droit Romain*, Librairie de Firmin Didot Frérers, (Tradução Francesa Par Guenoux) Paris, (Éd.1855),

SEBASTIÃO DA CRUZ, *IUS. Derectum (Directum)*- HVMANITAS – Direito Romano, vols. XXIII e XXIV, Faculdade de letras da Universidade de Coimbra, Instituto de Estudos Clássicos, 1971.

SEBASTIÃO DA CRUZ, *Direito Romano, ius Romanum*, I, introdução, Fontes, 4ª edição, revista e atualizada, Coimbra 1984.

SEBASTIÃO DA CRUZ, Atualidade e Utilidade Dos Estudos Romanísticos, Coimbra, 3ª Edição, 1985

SEGURADO CAMPOS, José António, *No tempo dos decênviros: reflexões em torno da lei das XII tábuas e suas relações com o direito grego*, 2004, Imprensa da Universidade de Coimbra,

SEGURADO CAMPOS, José António, Instituições Direito Privado Romano – GAIO, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

SOBRADO CENTENO, Rui Manuel, *05 Civilizações Clássicas II – Roma*, EUAB – Coleção Universitária, Universidade Aberta 2014

WALLIS BUDGE Ernest, *O livro dos mortos do antigo Egito*, Edições *Madras*, São Paulo.2012.

VERA CRUZ, Eduardo, *Lições Do direito Romano I. Síntese Geral*, THD U Lisboa AAFDL, 4ª Reimpressão 2020.

VÉRAS NETO Francisco Quintanilha, CARLOS WOLKMER**,** Fundamentos da História do direito, 3ª Edição, edições Del Rey, Belo Horizonte, 2006.