

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS DE USO E DE HABITAÇÃO CONSAGRADO NOS CÓDIGOS CIVIS ESPANHOL E PORTUGUÊS

‘Usus et habitatio’: the roman roots of the rights of use and residence regimen in Spanish and Portuguese Civil Codes

ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA
Universidade de Coimbra

Resumo: O objectivo deste estudo é determinar em que medida o *usus* e a *habitatio* podem ser considerados como as raízes romanas dos direitos de uso e de habitação dos códigos civis espanhol e português. Os principais assuntos abordados são o conteúdo do *usus* no direito romano clássico e as alterações verificadas no direito justiniano, em particular a criação de um direito de *habitatio* autónomo, que foi criticado por Conano, famoso humanista francês, e por Pothier, um dos pais espirituais do Código Civil francês, motivo pelo qual não passou para este código e, conseqüentemente, para os códigos civis espanhol e português. São também indicados os possíveis objectos do *usus* referidos nas fontes, a constituição e a extinção desse direito, a sua intransmissibilidade e algumas obrigações do usuário.

Palavras-chave: direito romano; *dominium*; *iura in re aliena*; direito romano clássico; *usus*; constituição do *usus*; extinção do *usus*; conteúdo do *usus*; uso de uma *domus*; uso de um *fundus*; interpolação; intransmissibilidade do *usus*; direito justiniano; constituição imperial; *habitatio*; *locatio* da casa pelo usuário; humanismo jurídico; *Conannus*; Pothier; Código Civil francês; Código Civil espanhol; Código Civil português.

Abstract: The focus of this study is to ascertain how *usus* and *habitatio* may be considered as Roman legal roots of the rights of use and residence in Spanish and Portuguese Civil Codes. The main topics of discussion are the substance of *usus* in classical Roman

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Law and the changes undergone in the Justinian Law, particularly the creation of an autonomous right of *habitatio*, which became criticised by Conan, a famous french humanist, and by Pothier, one of the spiritual fathers of the French Civil Code, so it didn't pass to this code and, therefore, to the Spanish and to the Portuguese codes. The objects of *usus* mentioned in the sources, the constitution and the extinction of that right, its non-transferability and some duties of the user are addressed here as well.

Keywords: Roman Law; *dominium*; *iura in re aliena*; classical Roman Law; *usus*; constitution of *usus*; extinction of *usus*; substance of *usus*; use of a *domus*; use of a *fundus*; interpolation; non-transferability of *usus*; Justinian Law; imperial law; *habitatio*; *locatio* of the house by the user; legal humanism; *Conannus*; Pothier; French Civil Code; Spanish Civil Code; Portuguese Civil Code.

SUMARIO: Introdução. I.—O direito de uso no direito romano clássico. I.1—Res que podiam ser objecto do *usus* e res sobre as quais não podia ser constituído o *usus*. I.2—Constituição e extinção do *usus*; I.3—O conteúdo do *usus* e a sua evolução-referência especial ao uso de uma *domus* e ao uso de um *fundus*. I.4—A intransmissibilidade do *usus*. I.5—Algumas obrigações do usuário. II.—Alterações introduzidas no direito justinianeu (ou nele consagradas). II.1—A ampliação do conteúdo do *usus*. II.2—A *habitatio* como *ius proprium*, diferente do uso de uma casa. II.3—Outras alterações. III.—As críticas da doutrina à configuração justinianeia da *habitatio*, a partir do século XVI, e suas consequências. IV.—Aspectos do regime jurídico dos direitos reais de uso e de habitação consagrado nos códigos civis espanhol e português que têm as suas raízes no direito romano. IV.1—Código Civil espanhol. IV.2—Código Civil português actual. V.—Conclusão.

INTRODUÇÃO

O tema que nos propomos versar enquadra-se no âmbito do «direito das coisas» ou dos «direitos reais». É certo que o direito romano (como é sabido) não criou os direitos reais como categoria dogmática. Todavia, contém a matriz deste ramo do direito civil, na *actio (civilis) in rem*, definida por Gaio, no parágrafo 3.º do livro IV das suas *Institutiones*:

«*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa*».

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

A referida acção contrapõe-se à *actio in personam*¹. E foi essa contraposição de *actiones* que esteve na base da distinção que mais tarde, a partir dos glosadores, passou a fazer-se entre direitos reais (*iura in re*, mas também *iura realia*²) e obrigações ou direitos pessoais (*obligationes* ou *iura in personam*, igualmente *iura personalia*)³.

Do parágrafo acima transcrito resulta que na *intentio* da fórmula processual das *actiones in rem* era afirmado pelo demandante que uma coisa corpórea lhe pertencia («é nossa», em virtude de no texto se usar o plural) ou que era titular de outro direito («nos pertence outro direito»); ou seja, estava aí contida não só a referência ao *dominium* da *res* em causa –dado que, nas esclarecedoras palavras de Donellus (1527-1591), «*res nostra est, cuius domini sumus*»⁴⁻⁵—,

¹ Cfr. GAIUS IV,1 – «(...) *si quaeramus, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam*»; e GAIUS IV,2 – «*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*».

² A designação *iura realia* (e o singular *ius reale*), em vez de *iura in re* (e *ius in re*), foi usada pela primeira vez por BALDUS (1327-1400). Cfr. BALDUS DE UBALDIS, *In Digestum Novum Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1577, Ad Lib. XXXIX, Tit. *De damno infecto*, §. *Si qua sunt iura* (p. 8/v.º) – no qual contrapõe os *iura realia* aos *iura personalia*, dando como exemplo daqueles o direito de usufruto e o direito de penhor [«(...) *si sunt iura mere personalia* (...). *Sed si sunt iura realia, (...) ut ius usufruct(us) & pignoris* (...)»] –, e *Super Primo, Secundo & Tertio Codicis Commentaria*, Lugduni, s/ed., 1539, *Super Secundo Codicis, Ad Tit. De pactis, L. Si certis annis* (p. 111/v.º) – onde este ilustre jurisconsulto também distingue os *iura personalia* dos *iura realia* (n.º 16), enumerando de seguida os direitos que qualifica como reais (n.º 17), neles incluindo (como servidões pessoais) o uso e o usufruto [«(...) *iura realia sunt ius domini directus domini utilis; ius quasi domini; ius h(aere)ditatis; iura servitutu(m) realiu(m) et personaliu(m). Realia sunt quae debe(n)tur a re rei. Personales sunt q(eu) debe(n)tur a re p(er)sonis. et usus et usufructus ex quib(us) orit(ur) actio co(n)fessoria. (...) Item servitutes hominu(m) sunt iura realia; (...) Ite(m) ce(n)sus prestatio co(m)petit iure reali, (...) Ite(m) hypotheca co(m)petit iure reali*»].

No sentido de que BALDUS utilizou a expressão *iura realia*, em vez de *iura in re*, e foi o primeiro jurista a fornecer um elenco desses direitos, vide, por ex., HOOFS, Kim, *Property rights in legal history*, in BOUCKAERT, Boudewijn (ed.), *Property Law and Economics – Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 5, 2.ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 20.

³ Cfr., por ex., WENING-INGENHEIM, Johann Nepomuk von, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, nach Heise's Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechtes zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Vol. 1, 4.ª ed., München, E. A. Fleischmann, 1831, pp. 87-90; BÜCHEL, Konrad, *Ueber jura in re und deren Verpfändung*, Marburg/Leipzig, Verlag der Elwert'schen Universitäts Buchhandlungen, 1834, pp. 2-3; e HOOFS, Kim, *Property rights in legal history*, cit., pp. 19-20.

⁴ Cfr. DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo II, Florentiae, Ad Signum Clius, 1841, Lib. IX, Cap. VIII, n.º X, cols. 1276-1277. Aí se escreve ainda, nomeadamente, o seguinte: «*Sit ergo proprie dominium jus domini in re sua, et dominus is cui res corporalis quaesita est: ac proinde dominium id jus in re corporali*».

A asserção de DONELLUS mencionada em texto não se baseou directamente nas alusões a «*res nostra*», «*res nostrae*» ou expressões equivalentes contidas nas Instituições de Gaio (cfr. nota seguinte), pois, como é sabido, as *Institutiones Gai* apenas foram descobertas por Barthold Georg Niebuhr em 1816; mas vários excertos dessa obra encontram-se no Digesto. Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I. *Introdução*. Fontes, 4.ª ed., Coimbra, ed./A., 1984, pp. 373 e 395.

⁵ A referência ao *dominium* através das expressões «*nostra res*» (e «*res nostra*») ou «*nostrae res*» (e «*res nostrae*») encontra-se noutros parágrafos do mesmo livro das Instituições gaianas (ainda que em diferentes casos) –GAIUS IV,4 («*rem nostram*», «*res, quae nostra iam est*» e «*qua rem nostram esse petimus*»), Gaius IV,51 («*si rem aliquam a possidente nostram esse petamus*») e GAIUS IV,93 («*rem nostram*»).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

mas também a outros direitos igualmente respeitantes a coisas corpóreas, como, por exemplo, «o direito de usar», de que aqui nos ocupamos, e «o direito de usar e fruir» (direito de usufruto) de alguma delas ⁶.

O teor da referida *intentio* mostra ainda que estes outros direitos (reais), ao contrário do *dominium*, não versavam sobre uma «coisa nossa», isto é, sobre uma coisa própria («*res propria*» ⁷). Alguns AA. entendem ser mais correcto falar, quanto a esses outros direitos (diferentes do *dominium*), de «direitos sobre coisa não própria» (em virtude de uma pessoa não poder ter um destes *iura* sobre uma coisa própria ⁸) do que de «direitos sobre coisa alheia»; todavia, como o normal é a «coisa não própria» ser «coisa alheia», e não *res nullius*, parece legítimo qualificá-los como *iura in re aliena* ⁹, apesar de tal qualificação não provir do direito romano ¹⁰ (no qual se fazia uma classificação das acções, e não dos

esse)—, bem como em GAIUS II,60 (a propósito da *fiducia*): «(...) *quo tutius nostrae res apud eum essent* (...)». Mas o *dominium* aparece igualmente indicado através da utilização de «*meum esse*» (ou equivalente), em outros livros das *Institutiones Gai*: em GAIUS I,119, respeitante à celebração da *mancipatio* («*EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO*»), GAIUS II,24, referente à realização da *in iure cessio* («*EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO*»), GAIUS II,41 («*ex iure Quiritium vero mea permanebit*»), GAIUS II,71 («*ad meum praedium*»), GAIUS II, 77 («*meum esse*»), GAIUS II,79 («*utrum meum sit*» e «*si ex lana mea*»).

⁶ A este respeito, *vide* GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, 2.^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1958, pp. 1-2.

⁷ No sentido de que a *res* é «*propria*» do *dominus rei*, *vide*, por ex., DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo II, cit., Lib. IX, Cap. VIII – *De Jure rerum privatarum*, V, col. 1273 [«*Dominum rei vocamus eum, cui res ita, (...), quaesita est, atque hoc modo ejus facta est, ut esset propria*»], e VIII, col. 1276 [«*Is enim dominus est, cui res jure quaesita propria ejus facta est*»].

⁸ Como salienta, por ex., BUCKLAND, para quem, «embora uma pessoa não possa ter um destes *iura* sobre uma coisa própria», daí não resulta que tenha de ser uma *res aliena*. *Cfr.* BUCKLAND, W. W., *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge, University Press, 1931, p. 143.

⁹ *Cfr.* GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 3.

A contraposição entre *dominium* (considerado como «*jus in re sua*») e *iura in re aliena* já se encontra em DONELLUS. *Cfr.*, em especial, DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo II, cit., Lib. IX, Cap. VIII, n.º X, col. 1273 (*cfr. supra*, nota 7), Lib. IX, Cap. X, n.º I, col. 1297 [«*Haec jura, quæ dominorum esse diximus in re sua, ita sunt domini cujusque, et solius domini, nisi si quid in definitione domini posuimus. Ex his vero quaedam jure imminuuntur. Imminutio genere duplex. Quaedam enim sic adimuntur domino, ut non transferantur ad alios: quaedam ideo, quia in alios conferuntur. Quæ transferuntur ad alios, ea sunt jura, quæ dicimus cuique competere in rebus alienis*»], Lib. IX, Cap. XIII, n.º II, col. 1329 [«*Hoc habent ii, quorum sunt ea jura, quæ in rebus alienis a dominio separata constitui solent. Haec jura numero sint quinque: jus emphyteuticum, seu jus agri vectigalis; jus superficiarum, jus bonæ fidei possessoris; pignus seu hypotheca; servitutes*»], Lib. IX, Cap. XX, n.º I, col. 1401 [«*Pignoris quoque jus in re aliena habetur*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º I, col. 1405 [«*Postremo et servitutes sunt jura, et ea in re aliena*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º VI, col. 1408-1409 [«*(...) Est autem haec rerum nostrarum servitus, jus in re aliena alteri constitutum (...)*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º IX, col. 1411 [«*Hoc jus, ut in re aliena est, ita solum in re aliena servitus*»], Lib. IX, Cap. XXI, n.º XVIII, col. 1419 [«*Jus emphyteuticum et superficarium, jura sunt et ipsa in re aliena*»], e Lib. IX, Cap. XXII, n.º III, col. 1420 [«*(...) omnes servitutes tam personarum, quam rerum et praediorum sunt unius generis. Omnes enim sunt in re aliena, nam et ususfructus et usus, quæ sunt personarum servitutes, ejusmodi sunt*»].

¹⁰ *Cfr.*, por ex., GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 4-7; e D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10.^a ed., reimp., Pamplona, Eunsa, 2008, § 80., § 182. e nota 1 deste.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

direitos). Socorrendo-nos da célebre distinção de BETTI, podemos afirmar, no entanto, que não se encontrando nas fontes do direito romano «*il nome*» já nelas estava presente «*la cosa*»¹¹. Aliás, nas fontes justinianeias o usufruto já aparece mencionado como direito relativo a coisas alheias («*ius alienis rebus utendi fruendi*» – D.7,1,1 e I.2,4 pr.); o mesmo não acontece com o *usus*, porque tais fontes, como já foi salientado por Vulteius (1555-1634), não o definem¹².

O que aqui nos propomos é determinar em que medida o regime jurídico do direito de uso e de habitação consagrado no Código Civil espanhol e no Código Civil português tem as suas raízes no direito romano e em que preceitos deste, com referência, inclusivamente, à época a que estes remontam (para simplificar, a clássica ou a justinianeia).

¹¹ Cfr. BETTI, Emilio, *Diritto Romano, I – Parte generale*, Padova, Cedam, 1935, pp. XX-XXI, *Diritto Romano e dogmatica odierna*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 100 (1928), p. 58, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto Romano*, in «Bulletino del'Istituto di Diritto Romano», 38 (1930), pp. 54-55, e *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in «Bulletino del'Istituto di Diritto Romano», 34 (1925), p. 241; e CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 28-37.

¹² Cfr. VULTEIUS, Hermannus, *In Institutiones Juris Civilis a Justiniano compositas commentarius*, 4.^a ed., Marpurgi, apud Paulum Egenolphum, 1613, p. 195 [«[n]ulla hic a Justiniano proponitur definitio»].

A circunstância de as fontes não fornecerem o conceito de *usus* (contrariamente ao que sucede com o de usufruto, que em D.7,1,1 e em I.2,4pr. se encontra definido como «*ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*») não obsta à sua formulação, com base nelas, o que sempre foi feito desde que se verificou o renascimento do direito romano justinianeu, com a Escola dos Glosadores, até à romanística mais recente. De um modo geral, a definição de *usus* fornecida pelos jurisconsultos, de diversas escolas e orientações, que dele sucessivamente se ocuparam baseia-se na que as *Institutiones* e o Digesto apresentam para o usufruto. Assim, por exemplo, AZO (c. 1150-c. 1230), ao responder à questão «*quid sit usus*», define-o como «*ius utendi rebus alienis, salva rerum substantia*» (esclarecendo que nessa definição não é posta a palavra «*fruendi*», diferentemente do que se verifica na de usufruto, porque a *res* é usada mas não fruída pelo usuário). DONELLUS define o *usus* tal como o faz AZO (apenas com alteração da ordem de dois termos), considerando forçoso dizer que o uso é o «*jus utendi alienis rebus salva rerum substantia*», precisamente por causa da definição do usufruto e da diferença que existe entre ele e o uso. Idêntica é a *definitio* dada por MOLINA (1535-1600): «*Usus (...) est ius dumtaxat utendi aliena re salva illius substantia*». Ligeiramente diferente, mas ainda tributária da de usufruto, é a definição de *usus* que encontramos na obra de ULRICUS HUBER (1636-1694): «*jus alienis rebus modice utendi salva earum substantia*» (por considerar ser diferente do usufruto a «*quantitate emolumenti*»). Semelhante às primeiramente mencionadas é a noção dada por POTHIER (1699-1772): «*Usus est jus utendi re aliena, salva ejus substantia; non etiam fruendi ea*». Cfr. AZO, *Summa Azonis sive locuples iuris civilis thesaurus*, Venetiis, apud Societatem Minimam, 1610, *In Secundum Librum Institutionum*, rub. «*De usu & habitatione*», n.º 1, col. 1073; DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, Florentiae, Ad Signum Clivus, 1841, Lib. X, Cap. XXIV, n.º V, col. 215; MOLINA, Ludovicus, *De Iustitia*, Tomo I, Venetiis, Apud Minimam Societatem, 1594, Tract. II, Disputatio V, col. 47; HUBER, Ulricus, *Praelectionum Juris Civilis tomus tres secundum Institutionum et Digesta Justiniani*, Lovanii, Typis Joannis Francisci Van Overbeke, 1766, p. 144; e POTHIER, Robert-Joseph, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae: cum legibus Codicis, et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, Tomo I, Nova Edição, Lugduni, Sumptibus Bernuset et Sociorum, 1782, Lib. VII Pand., Tit. VIII, art. I, p. 248.

No entanto, tendo em atenção o que diremos adiante, a respeito da evolução do conteúdo do *usus* ainda no direito clássico e da ampliação que posteriormente recebeu, parece-nos não ser recomendável iniciar este estudo com a apresentação de uma noção de *usus*, cuja compreensão dependeria do alcance do *uti* nos diferentes períodos da história jurídica romana.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Para tanto, começaremos por tratar do direito romano clássico: aludindo aos possíveis objectos desse *usus* de que as fontes se ocupam; versando os modos de constituição e de extinção do *usus*; procurando determinar o conteúdo do *usus* e a sua evolução (com referência especial ao uso de uma *domus* e ao uso de um *fundus*); mencionando a intransmissibilidade do *usus*, o seu alcance e a sua justificação; e referindo algumas obrigações do usuário.

Trataremos depois das principais alterações introduzidas na disciplina jurídica do *usus* no direito justiniano (ou que nele foram conservadas, apesar de terem origem no direito pós-clássico) – com destaque para a ampliação do conteúdo do *usus* e, em especial, para a autonomização da *habitatio* em face do uso e do usufruto, através de uma constituição imperial de Justiniano.

Em seguida, daremos conta das críticas mais incisivas dirigidas ao conceito justiniano de *habitatio*, no plano doutrinal, partir do séc. XVI, e às suas consequências – nomeadamente, à não consagração no Código Civil francês de um direito de habitação autónomo em face do direito de uso, o que acabou por influenciar o código espanhol e os códigos portugueses (de 1867 e de 1966).

Será então altura de analisarmos o regime jurídico dos direitos de uso e de habitação no Código Civil espanhol e no actual Código Civil português, evidenciando os aspectos de cada um deles que têm as suas raízes no direito romano.

Terminaremos, como parece recomendável, com uma breve conclusão.

I. O DIREITO DE USO NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

I.1 **Res que podiam ser objecto do *usus* e res sobre as quais não podia ser constituído o *usus***

Na casuística do Digesto encontramos mencionadas como objecto do *usus* as seguintes coisas: uma casa (*aedes, domus*), um *fundus*, um escravo ou uma escrava, um animal (ou um conjunto de animais), água e «outras coisas».

Ao *usus* de uma *domus* ou *aedes* referem-se expressamente vários parágrafos de distintos fragmentos (e um fragmento não subdividido) do Digesto integrados na respectiva *sedes materiae* (o título 8.º do livro 7.º) – D.7,8,2,1, D.7,8,4,1, D.7,8,8,1, D.7,8,15pr. (*in fine*), D.7,8,16,1, D.7,8,17 e D.7,8,22,1 –

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

e ainda dois fragmentos pertencentes a outros títulos do mesmo livro¹³ – D.7,4,22 e D.7,9,11¹⁴.

Mas há outros passos dessa colectânea justinianeia que, como resulta da análise do seu conteúdo, respeitam igualmente ao uso de uma casa, os quais muitas vezes são parágrafos ou fragmentos que antecedem os acima mencionados ou a eles se seguem imediatamente: designadamente, D.7,8,3, D.7,8,4pr., D.7,8,5, D.7,8,6, D.7,8,7, D.7,8,8pr., D.7,8,10,2, D.7,8,10,3, D.7,8,18 e D.7,8,22,2.

O *usus* de uma casa tinha, pois, um tratamento desenvolvido no Digesto, o que bem se compreende, em virtude da importância social e económica de que se revestia esse uso e das questões que surgiam a respeito dele, as quais foram sendo debatidas pelos jurisconsultos romanos, em particular as atinentes à determinação das pessoas que podiam habitar na casa com o usuário (como veremos)¹⁵.

O uso de um *fundus*, por seu turno, é mencionado de forma expressa em D.7,8,10,4, D.7,8,14,3, D.7,8,15pr., D.7,8,15,1, D.7,8,16pr. e D.7,8,16,1¹⁶. Mas há outros passos do Digesto cujo teor respeita a esse uso, os quais mantêm conexão com alguns dos anteriormente indicados, como sucede com D.7,8,11, D.7,8,12pr. e D.7,8,12,1.

A disciplina do *usus* com este objecto, presente nesses textos do Digesto, revela também uma interessante evolução do seu conteúdo, que, pelo menos em parte, ocorreu ainda na época clássica¹⁷.

¹³ Trata-se do título quarto – cuja epígrafe alude aos modos de extinção do usufruto e do uso («*Quibus modis usus fructus vel usus amittitur*»), mas contém somente dois fragmentos que versam directamente sobre o uso (o que a seguir se indica em texto e D.7,4,20), ainda que outros lhe sejam igualmente aplicáveis, por força da remissão contida em D.7,1,3,3 (cfr. *infra*, n.º 1.2.) – e do título nono – sobre o modo de prestação de caução pelo usufrutuário («*Usufructuarius quemadmodum caveat*»), mas no qual também se encontram dois fragmentos que tratam do *usus* (o indicado em texto e D.7,9,5,1-2).

¹⁴ As alusões à *domus* ou *aedes* como objecto do *usus* contidas nesses passos (e cuja natureza clássica não suscita dúvidas) são as que se seguem: D.7,8,2,1 – «*Domus usus relictus est (...)*»; D.7,8,4,1 – «*(...) cum uti vult domo (...)*» [o *principium* do mesmo fragmento também se refere a «*domus usus*», mas, como veremos, numa passagem que não deve ser clássica – «*(...) si tam spatiosae domus usus sit relictus (...)*»]; D.7,8,8,1 – «*Sed si usus aedium mulieri legatus sit (...)*»; D.7,8,15pr. – «*(...) quia et domo (...) ita uteretur (...)*»; D.7,8,16,1 – «*(...) usuario (...) aedes (...)*»; D.7,8,17 – «*(...) aedium usu legato (...)*»; D.7,8,18 – «*Si domus usus legatus sit sine fructu (...)*»; D.7,8,22,1 – «*(...) legatarius, cui domus usus legatus est, (...) totius domus usum (...) tota domo uti (...)*»; D.7,4,22 – «*Si mulieri usus domus legatus sit (...)*»; e D.7,9,11 – «*Usu quoque domus relicto (...)*».

¹⁵ Cfr. *infra*, n.º 1.3.2.1.

¹⁶ Cfr. D.7,8,10,4, – «*Si usus fundi sit relictus (...)*»; D.7,8,14,3 – «*(...) si qui habet fundum, legaverit Titio usum (...)*»; D.7,8,15pr. – «*Fundi usu legato (...)*»; D.7,8,15,1 – «*Sicuti is, cui usus fundi legatus est (...)*»; D.7,8,16pr. – «*Si ita legatus esset usus fundi (...)*»; e D.7,8,16,1 – «*(...) usuario fundum (...)*»

¹⁷ Cfr. *infra*, n.º 1.3.2.2.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Ao uso de escravos referem-se, nas suas palavras, D.7,8,12,5, D.7,8,12,6, D.7,8,14pr., D.7,8,15pr., D.7,8,16,2 e D.7,8,20¹⁸. Mas também D.7,8,13, que vem na sequência de D.7,8,12,6, trata de uma questão atinente ao uso de *servi*.

Os passos do Digesto em que encontramos referência ao uso de animais são D.7,8,12,2, D.7,8,12,3 e D.7,8,12,4¹⁹.

No título 8.º do livro 7.º do Digesto, só um fragmento, proveniente de uma obra de Modestino, alude ao uso da água (considerando-o pessoal e, por isso, intransmissível ao herdeiro do usuário): D.7,8,21²⁰.

Em D.7,8,9 refere-se genericamente o legado, feito à mulher, do «uso das demais coisas» (além da casa, de que tratam D.7,8,4,1, D.7,8,5, D.7,8,6, D.7,8,7 e D.7,8,8,1), que pode ser feito conjuntamente por ela e pelo marido²¹.

Não se pense, contudo, que todas as coisas podiam ser objecto do *usus*. Com efeito, ainda no título do Digesto com a epígrafe «*De usu et habitatione*», no *principium* de um fragmento proveniente do livro 5.º *ad Quintus Mucius* de Pomónio, D.7,8,22pr., encontramos referência a uma constituição imperial de Adriano que, certamente para eliminar as dúvidas que existiam a esse respeito, excluiu a possibilidade de constituição (por legado) do simples uso de uma floresta (ou bosque), ao determinar que no caso de ser legado a alguém o uso de um bosque se deveria entender que também fora deixada ao legatário a sua fruição (e, por conseguinte, o usufruto), pois no caso de não ser permitido cortar árvores e proceder à sua venda, o que o usufrutuário podia fazer²², aquele nada obteria com o legado²³.

¹⁸ Cfr. D.7,8,12,5 – «*Si usus ministerii alicui fuerit relictus (...) si filio familias usus servi sit relictus (...)*; D.7,8,12,6 – «*(...) usuarium servum posse ibi operari (...)? (...) poterit etiam per usuarias ancillas opus perficere (...) poterit ad haec operis uti usuarii (...) ancillae usu dato ad lanificium (...)*»; D.7,8,14, pr. – «*Per servum usuarium (...). (...) dicimus servum usuarium (...)*; D.7,8,15pr. – «*(...) quia (...) et servo ita uteretur (...)*»; D.7,8,16,2 – «*Servo, cuius usum dumtaxat (...)*»; e D.7,8,20 – «*(...) Servus, cuius mihi usus legatus est (...)*».

¹⁹ Cfr. D.7,8,12,2 – «*Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis (...)*»; D.7,8,12,3 – «*Sed si boum armenti usus relinquatur (...)*»; e D.7,8,12,4 – «*Equitii quoque legato usu (...)*».

²⁰ Cfr. D.7,8,21 – «*Usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest*».

Um fragmento contido no título 3.º do livro 8.º do Digesto refere-se também ao uso de certa quantidade de água de uma represa concedido por quem a construiu a outra pessoa, mas parece excluir a existência de um *usus*, na medida em que qualifica o concessionário (que parece ser titular de uma servidão predial) como «*quasi usuarius*». Cfr. D.8,3,37 – «*(...) Quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere*».

²¹ Cfr. D.7,8,9 – «*Ceterarum quoque rerum usu legato dicendum est uxorem cum viro in promiscuo usu eas res habere posse*».

²² Cfr. D.7,1,9,7 – «*(...) Nam et Trebatius scribit silvam caeduum et harundinetum posse fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti: (...)*».

²³ A este respeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 186 e 457 – para quem a antítese entre uso e usufruto não seria eliminada mesmo que se considerasse interpo-

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

O passo contido em D.33,2,1, por sua vez, afasta a possibilidade de ser legado o uso (assim como o usufruto) das antigas servidões prediais rústicas (*iter, actus, via e aquaeductus*), apesar de serem *res mancipi* (mas incorpóreas)²⁴, porque «uma servidão não pode ser objecto de outra servidão» (justificação que assenta na classificação do *usufructus* e do *usus* como servidões pessoais, que muitos romanistas entendem não ser clássica)²⁵.

E, finalmente, resulta de três passos do Digesto que não podia ser legado o uso de uma certa quantia de dinheiro, por se entender que nesse caso era legado o usufruto (D.7,5,5,2 e D.7,5,10,1)²⁶ ou a propriedade da *pecunia* (D.7,5,12)²⁷.

1.2 Constituição e extinção do *usus*

As fontes não mencionam directamente os modos de constituição do *usus*; e também não o fazem relativamente aos seus modos de extinção. Limitam-se a remeter para aqueles pelos quais o usufruto se constituía e se extin-

lada a expressão «*et vendere*»; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitation» y las «operae servorum»*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 1995, pp. 71-72 – que, por sobre afirmar que o bosque aqui em causa é o que se acha definido em D.50,16,30pr. («*silva caedua*», ou seja, bosque de árvores que depois de cortadas voltam a crescer), sustenta não ser «exactamente igual o direito de cortar a madeira e o direito de vender essa madeira» e diz não compreender «a impossibilidade de um uso do bosque em que se pudessem cortar as madeiras de que o usuário necessitasse, mas se proibisse a venda delas».

²⁴ Cfr. GAIUS II,17 – «*Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium*».

²⁵ Cfr. D.8,1,1: «*Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, (...)*». No sentido de que a categoria das servidões pessoais não é clássica (mas justinianea ou pós-clássica), vide, por ex., D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., § 182. e nota 2 do mesmo; e JUSTO, A. Santos, *Derecho Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 174, nota 2.

Sobre D.33,2,1, vide GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitation» y las «operae servorum»*, cit., pp. 72-73; e CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», in «El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000): Jornadas Andaluzas de Derecho Romano», Huelva, Universidad de Huelva, Servicio de Publicaciones, 2001, pp. 342-343.

²⁶ Em bom rigor, como refere D.7,5,2,1, do que se tratava (em virtude do *senatusconsulto* que parece ter admitido o usufruto de coisas consumíveis ou que se desgastam pelo uso (cfr. D.7,5,1) era de um «*quasi usus fructus*».

²⁷ Cfr. D.7,5,5,2 – «*Quae in usu fructu pecuniae diximus (...), eadem et in usu dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usum fructum et Iulianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus*»; D.7,5,10,1 – «*Si usus tantum pecuniae legatus sit, quia in hac specie usus appellatione etiam fructum contineri magis accipiendum est, stipulatio ista erit interponenda (...)*»; D.7,5,12 – «*Cum pecunia erat relicta Titio ita, ut post mortem legatarii ad Maevium rediret, quamquam adscriptum sit, ut usum eius Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam et usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, divi Severus et Antoninus rescripserunt*».

A este respeito, vide GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitation» y las «operae servorum»*, cit., pp. 74-77; e CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», cit., pp. 341-342.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

guia. Assim acontece em dois passos do Digesto e num parágrafo das *Institutiones* de Justiniano:

D.7,8,1,1: «*Constituitor etiam nudus usus, id est sine fructu: qui et ipse isdem modis constitui solet, quibus et usus fructus*»;

D.7,1,3,3: «*Quibus autem modis usus fructus et constitit et finitur, isdem modis etiam nudus usus solet et constitui et finiri*»;

I.2,5pr.: «*Isdem istis modis quibus usus fructus constituitor etiam nudus usus constitui solet, iisdemque illis modis finitur quibus et usus fructus desinit*».

Assim sendo, temos de averiguar quais eram os modos de constituição do usufruto e quais os modos pelos quais se verificava a sua extinção.

Assinale-se, porém, uma importante diferença: o usufruto podia ser constituído, desde início, sobre uma parte determinada da coisa ou sobre uma quota indivisa da mesma – D.7,1,5: «*Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui (...)*» –, por ser possível uma fruição parcial da *res* – D.7,8,19: «*(...) frui quidem pro parte possumus*» –, sendo, por isso, divisível – D.35,2,1,9: «*Si usus fructus legatus sit (qui et dividi potest, ...)*»²⁸; o *usus*, pelo contrário, não podia ser legado ou por qualquer outro modo constituído *pro parte*, por não ser possível fazer um uso da coisa por partes, como se acha estabelecido num fragmento do Digesto extraído do *libro tertio ad Vitellium* de Paulo:

D.7,8,19: «*Usus pars legari non potest: nam (...), uti pro parte non possumus*».

Numa terminologia que parece não ser clássica, podemos dizer que, diferentemente do usufruto, o uso era indivisível, como resulta do glosema inserido em D.35,2,1,9 – «*(...) dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt*» –, conjugado com D.8,1,1, que, como vimos qualifica o uso e o usufruto como «servidões pessoais»²⁹.

²⁸ É provável que a parte deste parágrafo que se encontra entre parêntesis – «*(qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt)*» – não seja clássica, mas constitua um glosema. Se assim for, aquilo que designamos como «indivisibilidade», embora seja característica do usufruto clássico, não terá tradução verbal genuína nas fontes que possibilitam a sua reconstituição.

²⁹ Segundo DONELLUS, a razão dessa diferença reside em que «o *usus* consiste numa simples actividade, não havendo depois dela quaisquer frutos que possam ser divididos», uma vez que «[t]odos os actos (...) são indivisos», enquanto o usufruto, embora consista de início numa actividade (D.7,3,1), «se dirige à percepção dos frutos», nos quais reside «toda a utilidade do usufruto» e que, por serem coisas corpóreas – *cfr.* GAIUS II,14: «*(...) et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt*»; e I.2,2,2 –, «podem ser divididos», sendo o «usufruto divisível por causa de ser divisível a sua utilidade». *Cfr.* DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, cit., *Lib. X*, Cap. XXIV, n.º II, col. 212 – [*Hoc ideo, quia usus in nudo facto consistit, quod post se nullos relinquit fructus, qui dividantur. Facta omnia, si in his consistitur, indivisa sunt. Si quid enim non fecimus, in totum verum est nos non fecisse. Et si fecimus, rursus in totum verum est nos fecisse. Ususfructus autem ab initio quidem consistit et ipse in facto: L. 1. In princ. D. quand. di., us. leg. ced. sed versatur factum in fructibus percipiendis, quo set ipsos post se relin-*

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

I.2.1 MODOS DE CONSTITUIÇÃO DO *USUS*

Na época clássica, por serem esses os diversos modos³⁰ de aquisição do usufruto, o direito de uso podia ser constituído através da *in iure cessio*³¹, de legado *per vindicationem*, mediante *deductio*, a favor do mancipante ou do cedente em juízo, na *mancipatio* ou na *in iure cessio* de transmissão do *dominium* da *res*³², ou a favor do herdeiro, no legado *per vindicationem*, e por *adiudicatio*, no *iudicium familiae erciscundae* ou *communi dividundo*; relativamente aos *fundi provinciales*, a constituição de usufruto, posto que não *iure civili*, verificava-se através de *pactiones et stipulationes*.

A *in iure cessio*, como modo de aquisição do usufruto, é mencionada nas Instituições de Gaio e nos *Vaticana Fragmenta*:

GAIUS II,30: «*Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. (...)*».

Vat. Fr. 47: «*(...) usus fructus (...), (...) per in iure cessionem (...) dari potest*».

O cessionário tornava-se usufrutuário, ficando o cedente com a nua propriedade da *res*. Atendendo à configuração da *in iure cessio* como acto processual, a constituição do usufruto resultava de o *dominus ex iure Quiritium* da coisa, perante a *vindicatio usufructus* do cessionário, não contestar a pretensão deste (ou até confessar que o demandante era titular desse direito)³³.

quit, et adjicit fructuario. Atque in his fructibus omnis est utilitas ususfructus. Porro hi fructus quia corporales sunt, dividi possunt. Hinc ususfructus dividiuus propter utilitatem, in qua versatur, dividuum»].

³⁰ Cfr. D.7,1,6pr. – «*Usus fructus pluribus modis constituitur: (...)*».

³¹ Não podia ser constituído por *mancipatio* (salvo mediante *deductio*, como veremos), uma vez que esta apenas se aplicava às *res mancipi* e tanto o usufruto como o *usus* eram considerados *res incorporales* e, por isso, *nec mancipi*. Cfr. GAIUS II,14 – «*Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. (...)*»; e GAIUS II,17 – «*Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium*».

³² Mas já não podia ser constituído mediante *deductio* na *traditio* de *res nec mancipi*. Cfr. Vat Fr. 47a – «*(...) in re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest (...)*».

³³ Cfr. GAIUS II,24 – «*In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum [aut praesides provinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum*».

A respeito da constituição do usufruto mediante *in iure cessio*, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 342 e 344-345; e JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), cit., p. 195.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Tratando-se da constituição do direito de uso, o cessionário agiria com a *vindicatio usus* e a confissão do proprietário da *res* ou a sua falta de contestação tinha como efeito a aquisição desse direito pelo *vindicans* (cessionário).

Quer porque o usufruto teve a sua origem numa liberalidade testamentária, sob a forma de legado, quer porque a *in iure cessio* entrou em desuso muito cedo (provavelmente, ainda na época clássica)³⁴, o legado representou o principal modo de constituição de usufruto, o que explica que os juristas tratem do usufruto a respeito do legado e afirmem alguns princípios para o usufruto legado (que depois se estendiam à *in iure cessio*, enquanto não caiu em desuso)³⁵. E o mesmo parece valer para o direito de uso.

À constituição do usufruto por legado refere-se um fragmento do Digesto proveniente do *libro septimo ad edictum provinciale* de Gaio, assim como o passo dos *Vaticana Fragmenta* já citado:

D.7,1,6 pr.: «*Usus fructus pluribus modis constituitur: ut ecce, si legatus fuerit. (...)*»;

Vat. Fr. 47: «*(...) usus fructus (...), per do lego legatum (...) dari potest*»

Embora o excerto do parágrafo do Digesto transcrito não mencione a espécie de legado que podia servir para a constituição do usufruto e, por força da remissão feita para ele, para a do *usus*, parece não haver dúvidas de que na versão clássica do texto devia estar em causa o legado *per vindicationem*, uma vez que a segunda parte do mesmo ainda alude a um legado de propriedade, ao mencionar (como veremos) a possibilidade de a propriedade ser legada com dedução do usufruto³⁶. E a outra fonte mencionada é clara quanto à natureza do legado pelo qual podia ser dado o usufruto, pois aquele em cuja fórmula apareciam as palavras «*do lego*» era, precisamente, o legado *per vindicationem*³⁷.

E esta era, na verdade, a única espécie de legado que podia determinar, só por si, a aquisição da propriedade ou a constituição do usufruto (que as fontes atestam), e, por conseguinte, também a do *usus*³⁸. A constituição não podia

³⁴ Cfr., por ex., JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), cit., p. 98.

³⁵ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 342 e 344-345.

³⁶ Como é sabido, Justiniano eliminou as antigas espécies de legados, que passaram a ter todos a mesma natureza, deu prevalência às últimas vontades e determinou que os legatários os pudessem reclamar não só através das acções pessoais, mas também mediante a acção real e a acção hipotecária. Cfr: C.6,43,1 (ano 529); e I.2,20,2. Em virtude disso, alguns fragmentos do Digesto foram interpolados, a fim de se proceder à sua harmonização com as alterações legislativas operadas por Justiniano.

³⁷ Cfr. GAIUS, II,193 – «*Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHUM DO LEGO; (...)*»; e GAIUS II,194 – «*Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse*».

³⁸ Neste sentido, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 341-342 e 344-345; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitation» y las «operae*

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

dar-se, designadamente, através de legado *per damnationem*, uma vez que deste apenas nascia uma obrigação para o herdeiro de *dare* alguma coisa, quer se tratasse da obrigação de transferir a propriedade da coisa legada quer da obrigação de constituir o usufruto ou o uso dela a favor do legatário³⁹; quanto à constituição destes *iura in re aliena*, essa obrigação seria cumpriria pelo herdeiro, realizando a *in iure cessio*⁴⁰.

A constituição do *usus* mediante *deductio*, a favor do mancipante ou do cedente em juízo, na *mancipatio* ou na *in iure cessio* de transmissão da propriedade da *res*, resulta de as fontes atestarem a constituição do usufruto nesses termos:

– GAIUS, II,33: «*Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietatis sit*»;

– Vat. Fr. 47: «*Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri. (...) per in iure cessionem (...) deduci potest*»;

– D.7,1,32: «*Si quis unam aedem, quas solas habet, vel fundum [tradit] ‘mancipat’, excipere potest (...), veluti usum et usum fructum. (...)*».

O parágrafo das Intituições de Gaio agora convocado constitui uma espécie de explicação para o carácter peremptório da afirmação feita no § 31, de que o usufruto «apenas admite» («*tantum recipit*») a *in iure cessio* e, portanto, não também a *mancipatio*. Com efeito, aí se afirma que isso não foi dito irreflectidamente, ainda que seja possível constituí-lo por *mancipatio*, na medida em que pode ser retirado ao mancipar a propriedade; mas esclarece que o próprio usu-

servorum», cit., p. 17.

³⁹ Cfr. GAIUS II,201 – «*Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est*»; e GAIUS II,204 – «*Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. (...)*». Esta referência final à realização da *traditio* para o herdeiro cumprir a obrigação não valia para o usufruto, nem para o *usus*; por serem *res incorporales* (cfr. *supra*, nota 31), exigia-se a *in iure cessio*. Cfr. GAIUS II,28 – «*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*»; e GAIUS II,30 e Vat. Fr. 47 (mencionados em texto).

⁴⁰ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 341 e 344.

Cremos não ser diversa a opinião de CASTRO-CAMERO, apesar de afirmar ser certo que, «en época clássica, el legado damnatorio se presenta como el origen de la mayoría de los derechos de uso» (embora nada impedisse «que este pudiera constituirse por legado vindicatorio»). Com efeito, logo a seguir esclarece, relativamente ao usufruto, que também era possível que a origem de tal direito «estuviera en un legado damnatorio donde se obligase al heredero a constituir el mencionado derecho real» e (mais adiante) que este direito «debía ser constituido por el heredero en cumplimiento de la obligación impuesta por el testador». Cfr. CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», cit., pp. 339-340.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

fruto não pode ser (nem é) mancipado, sendo antes deduzido quando se procede à mancipação da propriedade; de tal modo que um (o *mancipio dans*) fica com o usufruto e o outro (o *mancipio accipiens*) com a nua propriedade.

O segundo texto, na parte que agora reproduzimos, reporta-se não apenas à possibilidade de o usufruto ser deduzido por *mancipatio*, mas também por *in iure cessio* – hipótese diversa da própria constituição através deste negócio solene (acima mencionada), pois é a nua propriedade que o cessionário adquire, ficando o cedente com o usufruto.

E o terceiro (atribuído a Pompónio) – no qual é evidente a interpolação de «*tradit*» em vez de «*mancipat*» (ou «*mancipio dat*»⁴¹)⁴², por estarem em causa *res Mancipi*⁴³ –, na sua versão genuína, aludia à possibilidade de ser realizada a *mancipatio* de uma *aedes* ou de um *fundus* com exclusão, por exemplo, do uso ou do usufruto, que, assim, ficariam a pertencer ao mancipante.

Em qualquer das hipóteses, estando em causa o direito de uso, parece-nos necessário fazer uma adaptação do que imediatamente resulta destes textos:

⁴¹ No sentido de que «*tradit*» constitui uma interpolação justinianeia (em vez de «*mancipio dat*»), vide, por ex., PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. X. Le servitù personali affini all'usufrutto*, in «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 52 (1912), p. 175 – onde o A. considera ainda interpoladas (quanto à parte aqui transcrita) «*unas*» e «*quas solas habet*».

⁴² Embora não seja de excluir a possibilidade de o texto conter «*mancipat aut in iure cedit*», parece mais provável que mencionasse somente a realização da *mancipatio*, porque Pompónio deve ter coexistido com Gaio e este afirma que as partes utilizavam normalmente («quase sempre») esse negócio solene. Cfr: GAIUS II,25 – «*Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. (...)*».

⁴³ Que se tratava de *res Mancipi* resulta de GAIUS I,120 – «*(...) item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari*» –, GAIUS II, 14a – «*Res praeterea aut Mancipi sunt aut nec Mancipi: Mancipi sunt velut fundus in Italico solo item aedes in Italico solo, (...)*» – e ULP. XIX,1 – «*Omnes res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus (...)*». A exigência de *mancipatio* ou de *in iure cessio* para a transferência da propriedade dessa categoria de coisas, na época clássica, é referida em GAIUS II,22 – «*Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae. Quod autem valet 'mancipatio, idem valet et in iure cessio'*» –, em ULP. XIX,3 – «*Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipi (...)*» – e ULP. XIX,9 – «*In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi (...)*».

Como esses negócios solenes tinham desaparecido na época pós-clássica e a antiga distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi* foi formalmente abolida por Justiniano, em 531 (cfr. C.7,31,1,5), os compiladores substituíram sistematicamente a referência que os jurisconsultos clássicos faziam à *mancipatio* ou à *in iure cessio* pela menção da *traditio*.

Sobre a distinção entre essas duas categorias de coisas, a sua perda de importância e a sua abolição, assim como a respeito do desaparecimento da *in iure cessio* (primeiro) e da *mancipatio* (depois), vide, por ex., SOLAZZI, Siro, *Appunti sulle «res nec Mancipi»*, in «Scritti di Diritto Romano», vol. III, Napoli, Jovene Editore, 1960, 389-397; GALLO, Filippo, *Studi sulla distinzione fra «res Mancipi» e «res nec Mancipi»*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1958, especialmente pp. 15-26 e 197-230; e CURA, António Alberto Vieira, «*Fiducia cum creditore*». Aspectos gerais, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Suplemento ao vol. XXXIV (1991), pp. 6, nota 6, 8, nota 7, 12, nota 11, 21, nota 27, e 177-178, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, in «Jornadas romanísticas» – «*Studia Iuridica*» 70, «*Colloquia*» 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 73-76 e nota 83, e «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., nota 548 (com amplas indicações bibliográficas).

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

como as fontes apenas qualificam como *nuda proprietas* (as mais das vezes designada simplesmente como *proprietas*, como sucede nestes passos) aquela em que o seu titular não tem o *uti frui*, parece-nos que deverá dizer-se que aquele para quem a propriedade é transferida sem o *uti*, deduzido a favor do mancipante ou do cedente *in iure*, fica com o *dominium sine usu* (e não, em bom rigor, com a *nuda proprietas*)⁴⁴.

E a constituição do direito de uso mediante *deductio*, a favor do herdeiro, no legado *per vindicationem* encontra-se prevista em três passos do Digesto e num parágrafo das Instituições de Justiniano:

– D.7,1,6pr.: «(...) *Sed et proprietas deducto usu fructu legari potest, ut apud heredem maneat usus fructus*;

– D.7,1,6,3: «*Nihil autem vetat servo meo herede instituto legari proprietatem deducto usu fructu*»;

– D.7,2,1,4: «*Idem Iulianus libro trigensimo quinto digestorum scripsit, si duobus heredibus institutis deducto usu fructu proprietas legetur, (...)*»;

– I.2,4,1: «*Usus fructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. ut ecce si quis alicui usum fructum legaverit; nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usum fructum: et contra si fundum legaverit deducto usu fructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usum fructum: item alii usum fructum, alii deducto eo fundum legare potest*».

Do que se trata é, ainda e sempre, de um legado *per vindicationem*: no primeiro e no segundo prevê-se que o testador dê e legue a propriedade ao legatário, mas com dedução do usufruto a favor do *heres* instituído no testamento; o terceiro cita o que *Iulianus* escreveu (a respeito do direito de acrescer) para a hipótese de ter sido legada a propriedade de uma coisa com dedução do usufruto a favor dos dois herdeiros instituídos; e o último menciona as diversas situações em que o usufruto admite separação da propriedade – para além daquela em que o testador lega o usufruto (já versada acima), na qual o herdeiro instituído fica com a nua propriedade e o legatário com o usufruto, alude à hipótese inversa de o testador ter legado um *fundus* com dedução do usufruto, cabendo então a nua propriedade ao legatário e o usufruto ao herdeiro, bem como a de ser legado o usufruto a um e ser legada a propriedade da mesma coisa a outro, com dedução do usufruto.

Com referência à constituição do *usus* mediante *deductio* em legado de propriedade, parece-nos justificar-se, também, que não se designe como nua

⁴⁴ Num passo do Digesto que se refere tanto ao titular da nua propriedade (por se achar constituído um usufruto) como ao que constituiu um direito de uso é utilizada a expressão «*dominus proprietatis*». Cfr. D.7,8,16,1 – «*Dominus proprietatis etiam invito usufructuario vel usuario fundum vel aedes per saltuarium vel insularium custodire potest (...)*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

propriedade o direito com que fica quem sofre a privação do uso, mas como *dominium sine usu*.

A constituição do *usus* através de *adiudicatio* devia ser possível na *actio familiae erciscundae* e na *actio communi dividundo*, embora fosse seguramente menos provável do que a constituição do usufruto, a que se referem um parágrafo do Digesto extraído da mencionada obra de Gaio e os *Vaticana Fragmenta*:

– D.7,1,6,1: «*Constituitur adhuc usus fructus et in iudicio familiae erciscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usum fructum*»;

– Vat. Fr. 47.^a: «*Potest constitui et familiae erciscundae uel communi dividundo iudicio legitimo. (...)*».

Para a constituição do usufruto, como o primeiro texto refere, a adjudicação feita pelo *arbiter* traduzia-se em conceder o usufruto a um dos intervinientes na acção e a nua propriedade a outro. Também neste caso, relativamente à constituição do *usus*, cremos ser preciso adaptar o que deles resulta directamente: parece-nos que deverá aludir-se à adjudicação do uso a um deles e do *dominium sine usu* ao outro.

No que tange aos *fundi provinciales*, a constituição de usufruto, posto que não *iure civili*, verificava-se, ainda na época clássica, através de *pactiones et stipulationes*⁴⁵, como resulta de um parágrafo das *Institutiones Gai*:

Gaius II,31: «*Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum (...) ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt*».

A necessidade de recurso às *pactiones et stipulationes* para constituir o usufruto – e o mesmo vale para o *usus* – de *fundi* situados nas províncias é justificado pelo facto de estes não admitirem *mancipatio* nem *in iure cessio*, como *res nec Mancipi* (corpóreas⁴⁶) que eram, em virtude de não estarem situados em solo itálico⁴⁷.

⁴⁵ A respeito dos problemas suscitados por este modo de constituição do usufruto (e, consequentemente, do *usus*) – transformado em modo geral de constituição desse direito real na época justinianeia (cfr: I.2,3,4, I.2,4,1 e D.7,1,3pr.), com o desaparecimento da distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, da diferença entre fundos itálicos e provinciais, assim como da *mancipatio* e da *in iure cessio* –, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 365-366.

⁴⁶ Cfr: GAIUS II,13 – «*Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, (...)*».

⁴⁷ Cfr: GAIUS I,120, de que resulta serem *res Mancipi* os prédios situados na Itália ou em zonas a que tivesse sido concedido o *ius italicum*: «*(...) praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, (...)*».

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

Excluída estava a possibilidade de constituição por *traditio* e por *usuca- pio*, uma vez que o usufruto estava incluído nas *res incorporales*, que eram insusceptíveis de posse ⁴⁸.

I.2.2 EXTINÇÃO DO *USUS*

No período áureo do direito romano, como resulta da remissão para o que se achava estabelecido quanto ao usufruto, os modos de extinção do direito de uso eram os seguintes: a *in iure cessio*; a morte do usuário; a *capitis deminutio* dele; o decurso do tempo pelo qual o uso havia sido constituído; o não uso da coisa objecto do direito de uso; a destruição ou a colocação fora do comércio da *res* cujo uso fora concedido; a transformação da *res* noutra de natureza diferente (*rei mutatio*); e a confusão ou consolidação (*consolidatio*), com a reunião na mesma pessoa da condição de usuário e de proprietário ⁴⁹.

À extinção do usufruto operada através da *in iure cessio*, que vale também para o *usus*, refere-se um parágrafo das Instituições de Gaio, já mencionado a propósito da sua constituição, de dois passos das *Pauli Sententiae* ⁵⁰ e de um parágrafo das *Institutiones* justinianeias:

- GAIUS II,30: «(...) *ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; (...)*»;
- P. S. III,6,28: «(...) *Amittitur autem quinque modis: (...) in iure cessione (...)*»;
- P. S. III,6,32: «*In iure cessione amittitur ususfructus, quotiens domino proprietatis eum fructuarius in iure cesserit*» ⁵¹.

⁴⁸ Cfr. GAIUS II,28 – «*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*»; D.41,1,43,1 – «*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*».

A este respeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 342-343.

⁴⁹ Quanto às causas de extinção do usufruto, vide JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, III (*Direitos Reais*), cit., pp. 200-201.

⁵⁰ A importância desta obra para o conhecimento do direito clássico é muito discutida, por ter sido elaborada em época tardia. Mas são nela mencionados cinco modos pelos quais o usufruto «*amittitur*» – assim como a consequência da *amissio* – e dois que implicam que o usufruto «*finitur*». Cfr. P. S. III,6,28 – «*Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem quinque modis: capitis minutione, rei permutatione, non utendo, in iure cessione, dominii comparatione*»; P. S. III,6,33 – «*Finitur ususfructus aut morte aut tempore: morte, cum usufructuarius moritur: tempore, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio*».

A respeito desta obra, vide, por todos, CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 432-433; e JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano*, I. *Parte geral (Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos)*, 6.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2017, p. 91.

⁵¹ I.2,4,3 refere-se igualmente à extinção do usufruto se fosse cedido ao nú proprietário – «(...) *item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (...)*». Mas nessa altura já não havia *in iure cessio*.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

– I.2,4,3: «(...) *item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur* (...)».

A morte do usufrutuário está mencionada como causa de extinção do usufruto em alguns fragmentos do Digesto, nas *Pauli Sententiae* e nas *Institutiones* de Justiniano, valendo, pois, também para o *usus*:

– D.7,1,47: «(...) *quanti fructuarii interfuisset non cessasse heredem, licet usus fructus morte eius interisset*»;

– D.7,4,3,3: «*Morte quoque amitti usum fructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret*»;

– P. S. III,6,33: «*Finitur ususfructus aut morte (...): morte, cum usufructarius moritur* (...)»;

– I.2,4,3: «*Finitur autem usus fructus morte fructuarii* (...)».

O *usus*, tal como o usufruto, tinha carácter pessoal, até talvez mais marcado do que este, uma vez que era intransmissível⁵². Daí que, tendo natureza vitalícia, se extinguísse por morte do usuário, à semelhança do que acontecia com o usufruto, com a morte do usufrutuário⁵³.

A *capitis deminutio* é mencionada como causa de extinção do usufruto em:

– D.7,4,1pr.: «*Non solum usum fructum amitti capitis minutione constat*, (...)»;

– D.7,4,1,1: «*Sed ita demum amittitur capitis deminutione usus fructus, si iam constitutus est*: (...)»;

– D.7,4,1,3: «*Usque adeo autem capitis minutio eum demum usum fructum peremit, qui iam constitutus est*, (...)»;

– P. S. III,6,28: «*Ususfructus (...). Amittitur autem quinque modis: capitis minutione* (...)»;

⁵² Cfr. *infra*, n.º 1.4.

⁵³ O carácter vitalício do direito de uso de uma casa devia constar da versão clássica de um passo do Digesto atribuído a *Ulpianus*, que na sua redacção compilatória se refere à *habitatio* (o que, certamente, constitui uma interpolação – traduzida na substituição das referências ao uso da casa, que nele deviam estar contidas, pela alusão à *habitatio* –, determinada pela autonomização deste direito, efectuada por Justiniano através de uma constituição imperial do ano 530 (cfr. *infra*, n.º 2.2.), e pelo conseqüente desejo de harmonização deste passo com o teor da mesma: D.7,8,10,3 – «*Utrum autem unius anni sit [habitatio] ‘usus domus’ an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est: et Rutilius donec vivat [habitationem] ‘usum’ competere ait, quam sententiam et Celsus probat libro octavo decimo digestorum*». No texto genuíno devia ser posta a questão de saber (certamente a respeito da disposição contida num determinado testamento) se o uso de uma casa era legado por um ano ou pelo tempo de vida do legatário, questão que se diz ter sido discutida pelos antigos juristas (*veteres*); e era citada a opinião de Rútílio, no sentido de que tal uso lhe competia enquanto ele vivesse, parecer que foi aprovado por Celso (no livro que se indica).

No sentido de que o texto foi interpolado, *vide*, por ex., GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 500 (onde o A., apesar de não dizer expressamente que o texto está interpolado, afirma que se punha aí um problema de «interpretação como direito de uso», mas «no direito justinianeu com referência à configuração do direito de *habitatio*»).

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

– P. S. III,6,29: «*Capitis minutione amittitur, si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus poenae efficiatur, et si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit*».

Na época clássica, a extinção do usufruto verificava-se, pois, em consequência de qualquer espécie de *capitis deminutio – maxima* (perda da liberdade), *media* (perda da cidadania) ou *minima* (perda do *status familiae*)⁵⁴ –, como resulta da alteração introduzida no direito justiniano⁵⁵.

O decurso do tempo pelo qual o usufruto havia sido constituído tinha igualmente como consequência a sua extinção, como resulta de:

– P. S. III,6,33: «*Finitur ususfructus (...) aut tempore: (...) tempore, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio*»⁵⁶.

Se o usufrutuário falecesse antes de ter decorrido esse tempo, o usufruto extinguia-se, porém, com a morte do seu titular, em virtude da sua natureza pessoal e da consequente intransmissibilidade aos herdeiros. Também assim era no caso de se tratar do direito de uso⁵⁷.

Ao não uso da coisa objecto do direito de usufruto referem-se:

– P. S. III,6,28: «*Amittitur autem quinque modis: (...) non utendo (...)*;

– P. S. III,6,30: «*Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno*».

O não uso, como causa de extinção do usufruto devia prolongar-se por dois anos ou por um, consoante tivesse como objecto um *fundus* ou coisas móveis. Assim sendo, também o não uso da *res* por parte do usuário importava a extinção do direito de uso, decorrido qualquer desses prazos.

⁵⁴ Cfr. GAIUS I,159 – «*Est autem capitis diminutio prioris status permutatio: eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis diminutio aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima*»; GAIUS I,160 – «*Maxima est capitis diminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; (...)*»; GAIUS I,161 – «*Minor sive media est capitis diminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; (...)*»; e GAIUS I,162 – «*Minima est capitis diminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; (...)*».

⁵⁵ A referência feita em D.7,8,10pr. à não extinção da *habitatio* por *capitis deminutio* (que cremos ser apenas a *minima*) e por não uso – «*Si habitatio legetur, (...) nec non utendo amittitur nec capitis deminutione*» – deve ser interpolada, em virtude da alteração introduzida nessa matéria por Justiniano. Cfr. *infra*, n.º 2.

Neste sentido, *vide*, por ex., IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 14.ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 2002, p. 80, nota 86.

⁵⁶ Esses prazos são igualmente referidos na constituição imperial de Justiniano que os alterou, transcrita na nota seguinte (ainda que contrapondo as «*res soli*» (imóveis) às coisas móveis e aos semoventes.

⁵⁷ Sobre o tempo de não uso exigido no direito justiniano para a extinção do usufruto (e, portanto, também para o direito de uso), *vide, infra*, n.º 2.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Tenha-se presente, no entanto, que o não uso de uma casa pela mulher usuária não determinava a extinção do seu direito se ela fosse usada pelo marido ou pela sua família durante a ausência; e o mesmo valia para a hipótese inversa, de o uso ter sido legado ao marido, que entretanto se ausentou deixando a mulher a fazer uso da casa:

D.7,4,22: «*Si mulieri usus domus legatus sit et illa trans mare profecta sit et constituto tempore ad amittendum usum afuerit, maritus vero domo usus fuerit, retinetur nihilo minus usus, quemadmodum si familiam suam in domu reliquisset eaque peregrinaretur. Et hoc magis dicendum est, si uxorem in domu reliquerit maritus, cum ipsi marito usus domus legatus sit*».

A destruição ou a colocação fora do comércio da *res* como causa de extinção do usufruto é testemunhada em:

- D.7,4,30: «*Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo usus fructus extinguitur*»;
- D.7,4,10,6: «*Proinde et ornamentum dissolutum (...) extinguit usum fructum*»;
- D.7,4,23: «*Si ager, cuius usus fructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur usus fructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur: (...)*»;
- I.2,4,3: «*(...) si aedes incendio consumptae fuerint vel etiam terrae motu aut vitio suo corruerint, extinguí usum fructum et ne areae quidem usum fructum deberi*».

À transformação da *res* noutra de natureza diferente (*rei mutatio*) referem-se:

- P. S. III,6,31: «*Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur*»;
- D.7,4,5,2: «*Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur. An et areae? Certissimum est exustis aedibus nec areae nec cementorum usum fructum deberi. Et ita et Iulianus*»;
- D.7,4,5,3: «*Si areae sit usus fructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usum fructum extinguí constat. (...)*»;
- D.7,4,10,1: «*Non tantum si aedes ad aream redactae sint, usus fructus extinguitur, verum etiam si demolitis aedibus testator alias novas restituerit: (...)*»;
- D.7,4,10,2: «*Agri vel loci usus fructus legatus, si fuerit inundatus, ut stagnum iam sit aut palus, procul dubio extinguetur*»;
- D.7,4,10,3: «*Sed et si stagni usus fructus legetur et exaruerit sic, ut ager sit factus, mutata re usus fructus extinguitur*»;
- D.7,4,10,4: «*(...) Certe silvae usu fructu legato si silva caesa illic sationes fuerint factae, sine dubio usus fructus extinguitur*»;

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

- D.7,4,10,5: «*Si massae usus fructus legetur et ex ea vasa sint facta vel contra, Cassius apud Urseium scribit interire usum fructum: quam sententiam puto veram*»;
- D.7,4,10,6: «*Proinde et ornamentum (...) transfiguratum extinguit usum fructum*»;
- D.7,4,10,7: «*In navis quoque usu fructu Sabinus scribit, si quidem per partes refecta sit, usum fructum non interire: si autem dissoluta sit, licet isdem tabulis nulla praeterea adiecta restaurata sit, usum fructum extinctum: quam sententiam puto veriore. Nam et si domus fuerit restituta, usus fructus extinguitur*».

A consolidação é mencionada como causa de extinção do usufruto em:

- I.2,4,3: «*Finitur autem usus fructus (...) si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. (...)*».

O efeito da extinção do usufruto era o retomar da plenitude do direito de propriedade, deixando de haver motivo para se falar de nua propriedade:

- GAIUS II,30: «*(...) ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usum fructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem (...)*»;
- P. S. III,6,28: «*Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit (...)*»;
- D.7,1,3,2: «*Ne tamen in univsum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reverti*»;
- I.2,4,4: «*Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem*».

A situação era idêntica, mas não exactamente a mesma, no caso do uso, uma vez que, segundo parece, o que se verificava era deixar de existir o que qualificámos como *dominium sine usu*.

I.3 O conteúdo do *usus* e a sua evolução – referência especial ao uso de uma *domus* e ao uso de um *fundus*

O conteúdo clássico do *usus* tem sido objecto de consideráveis divergências na doutrina romanista posterior ao triunfo da crítica interpolacionista, a partir de finais do séc. XIX. O radicalismo crítico levou a que muito do teor dos passos do Digesto respeitantes ao alcance do *uti* e à sua evolução fosse considerado não genuíno, as mais das vezes com base em razões puramente formais.

Superado, porém, esse radicalismo, passou a ser adoptada uma atitude moderada em matéria de interpolações, sem pôr em causa a sua existência, sobretudo porque o próprio Justiniano determinou a alteração dos textos utili-

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

zados na elaboração do Digesto. Nos fragmentos desta colectânea justinianeia respeitantes ao *usus* parece-nos inegável a existência de algumas modificações, sobretudo devido ao facto de a *habitatio* ter sido autonomizada como direito real (diverso do uso e do usufruto), através de uma constituição imperial de Justiniano, apesar de ter subsistido naquela colectânea a casuística respeitante ao *usus* de casas, que seguramente se ressentiu, em alguns aspectos, dessa nova configuração da *habitatio*.

Registou-se, certamente, uma evolução no conteúdo do uso⁵⁸. O ponto está, pois, em saber o que ocorreu ainda no direito clássico e aquilo que resultou de alterações posteriores, justinianeias ou pós-clássicas.

I.3.1 A SUA DETERMINAÇÃO NEGATIVA

Por confronto com o usufruto, o conteúdo do *usus* é caracterizado pela ausência do *frui*, ao ponto de ser qualificado como *nudus usus*:

- D.7,8,1 – «*Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu: (...)*»;
- D.7,8,2pr. – «*Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. (...)*»;
- D.7,8,14,1 – «*Usus fructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. (...)*».

Quem tinha o simples uso não tinha o direito de fruir, isto é, o direito de fazer seus os frutos da coisa (mesmo que se tratasse de *res* produtora de frutos naturais); o titular do direito de uso tinha, pois, o *uti*, mas não o *frui*. Nas palavras do último passo, o uso está compreendido na fruição, mas ao (simples) uso faltam os frutos, de tal modo que não pode haver frutos sem uso, mas pode haver uso sem fruto⁵⁹.

Esta forma de determinação do conteúdo do *usus*, por referência ao do *ususfructus*, parece apontar no sentido da precedência histórica do usufruto; talvez isso justifique, para além da remissão feita para os modos de constituição e de extinção do usufruto, a ordem pela qual o usufruto e o uso são

⁵⁸ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 433-469; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense, 1978, pp. 176-177; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., p. 31.

⁵⁹ No sentido de que a limitação das faculdades do usuário ao *uti* representou originariamente o critério qualitativo de diferenciação do uso em relação ao usufruto, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 434-435; PAPA, Enrico, *Uso di cosa fruttifera*, in «*Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*», II, Napoli, Editore Jovene, 1964, p. 684; e GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., pp. 176-177.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

tratados nas *Institutiones* (nestas com a junção da *habitatio* ao *usus*) e no Digesto (primeiro aquele depois este⁶⁰) e a circunstância de Gaio (no passo conservado no texto do Digesto com que se inicia o título oitavo do livro sétimo, acima transcrito, posterior àqueles em que o usufruto é versado) dizer que «também é constituído» o *nudus usus*⁶¹.

Mas extrai-se ainda do Digesto, para o direito clássico, um «limite geral negativo»⁶² ao direito de uso de uma casa, como veremos a propósito da sua intransmissibilidade⁶³.

I.3.2 A DETERMINAÇÃO POSITIVA DO *UTI*

O *uti* tinha alcance mais restrito do que o *uti frui*, que correspondia ao conteúdo do usufruto. Mas em que consistia o *uti*?

Os jurisconsultos clássicos procedem à determinação positiva do seu conteúdo de maneira casuística, como é típico da *iurisprudencia* clássica (e é salientado em D.7,8,1pr. *in fine*, segundo o qual «deve examinar-se cada um dos casos»); e fazem-no para cada um dos objectos cujo uso era concedido a outrem.

Assim, encontramos mencionado o conteúdo do uso de uma casa (*aedes*, *domus*), de um *fundus*, de um animal (ou de um conjunto de animais), de um escravo ou de uma escrava, de água e de uma floresta.

I.3.2.1 *O conteúdo do uso de uma casa*

Quanto ao uso de uma casa, que (como coisa não frutífera) talvez tenha sido a «hipótese originária» de *usus*⁶⁴, mereceu particular atenção dos juristas clássicos e foi devidamente valorizado pelos compiladores, a avaliar pelo número de fragmentos do Digesto que a ele se referem, atentemos, em especial no que se diz, por um lado, em D.7,8,2,1, D.7,8,3 e D.7,8,4pr. (quanto ao uso

⁶⁰ Cfr. I.2,4 e I.2,5; D.7,1-3 e 5-6 e D.7,8.

⁶¹ Neste sentido, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 430-431; e GIUFFRÉ, Vincenzo, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, Jovene Editore, 1992, p. 150.

⁶² Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 440.

⁶³ Cfr. *infra*, n.º 1.4.

⁶⁴ Cfr., por ex., GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, pp. 432-433 e 435; PAPA, Enrico, *Uso di cosa fruttifera*, cit., p. 684; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., p. 179; GIUFFRÉ, Vincenzo, *L'emersione dei «iura in re aliena»*, cit., p. 150; GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., p. 32; e JUSTO, António Santos, *Direitos reais. A base romanística dos direitos portugueses e brasileiro*, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. LXXXV (2009), p. 48.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de uma casa deixado a um homem) e, por outro, em D.7,8,4,1, D.7,8,5, D.7,8,6 e D.7,8,7 (relativamente ao uso de uma casa pela mulher):

D.7,8,2,1: «*Domus usus relictus est aut marito aut mulieri: si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. an et cum libertis, fuit quaestionis, et Celsus scripsit, et cum libertis: posse hospitem quoque recipere, nam ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat. sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum, et ait Labeo eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere: idem et hospites et libertos suos*».

Este passo, extraído do livro XVII dos comentários de Ulpiano *ad Sabinum*, começa por aludir à possibilidade de o *usus* ter sido deixado ao marido ou à mulher; seguidamente trata da primeira hipótese.

Quanto à questão de saber quem pode habitar a casa, Ulpiano começa por afirmar que o marido podia habitar a casa com a sua família (e não sozinho); refere seguidamente que se discutiu se podia habitar também com os seus libertos, mencionando o parecer positivo de *Celsus (filius)*⁶⁵, para de imediato acrescentar que o usuário também pode receber um hóspede e que, de facto, Celso escreveu no livro décimo oitavo dos seus *Digesta* que Tubero aprova essa opinião⁶⁶⁻⁶⁷; a terminar, Ulpiano recorda que Labeo (na obra aí indicada) se ocupou da questão de saber se o usuário podia admitir um inquilino e que,

⁶⁵ Que se trata de *Celsus filius* resulta, antes de mais, de ser ele (e não *Celsus pater*) o autor dos *Libri digestorum* (em número de 39), nos quais se inclui o *liber octavus decimus digestorum*, que a seguir é mencionado no passo em análise. Mas decorre ainda da circunstância de as referências feitas no Digesto apenas a *Celsus* se reportarem a *Celsus filius*, porque *Celsus pater* costuma ser assim designado (e não simplesmente *Celsus*), como afirma, por ex., FERRINI. Cfr. FERRINI, Contardo, *Storia delle fonti del Diritto Romano e della giurisprudenza romana*, Napoli/Milano, Pisa, Ulrico Hoepli, 1885, p. 70.

⁶⁶ Saliente-se que *Quintus Aelius Tubero* (certamente «o jovem», discípulo de *Aulus Ofilius*, a quem Pompónio se refere no passo conservado em D.1,2,2,46) viveu no séc. I a. C., sendo, pois, anterior a *Celsus filius*, uma vez que este nasceu na segunda metade do séc. I d. C. e faleceu, provavelmente, antes de terminado o império de Adriano, de cujo *consilium* fez parte. A respeito destes juristas, vide FERRINI, Contardo, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in «Opere di Contardo Ferrini, vol. II – Studi sulle fonti del Diritto Romano (A cura di Emilio Albertario)», Milano, Ulrico Hoepli, 1929, p. 25; KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1952, pp. 37 e 146-147; BAUMAN, Richard A., *Lawyers in Roman transitional politics. A study of the Roman jurists in their political setting in the Late Republic and Triumvirate*, München, Verlag C. H. Beck, 1985, pp. 113-117; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, 12.^a ed., Napoli, Editore Jovene, 1998, pp. 341 e 492; e CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 378 e 390-391.

⁶⁷ SCAPINI sustenta que o modo como é referida, nesse passo, a opinião de Tubero – «*nam (Celsus) ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat*» – causa «alguma perplexidade», por considerar «evidente l'inesattezza cronologica», que, contudo, entende não dever «ascrivere ad Ulpiano il quale, solitamente, nel citare le idee di Tubero a loro volta desunte da Celso se esprime diversamente» (citando D.15,1,5,4 e D.45,1,72pr.); e conclui que «[i]l passo, quindi, è stato manipolato dai compilatori o da qualche maestro postclassico, non comunque nella sua sostanza ma solo per ragioni di brevità». Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, in «Studi in onore di Giuseppe Grosso», vol. V, Torino, G. Giappichelli Editore, p. 38, nota 34.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

segundo Labeo, quem habita pessoalmente a casa o poderia receber, tal como aos seus hóspedes e aos seus libertos.

Donde resulta, por conseguinte, que a habitação da casa pelo titular do direito de uso não oferecia dúvidas; e o mesmo se pode dizer quanto à possibilidade de com ele habitarem os membros da sua família (certamente porque estes viviam com aquele)⁶⁸, que constituía *ius receptum*⁶⁹. Mas a possibilidade de os libertos do usuário habitarem a casa com ele foi objecto de discussão, talvez até ao tempo de *Celsus (filius)*, que deu resposta afirmativa a essa questão. Este notável jurisconsulto clássico reconheceu igualmente ser possível o usuário receber um hóspede, opinião que, no entanto, é por ele atribuída (no seu *liber octavo decimus digestorum*) a Tubero, que, porventura, a teria defendido sem que a mesma lograsse concitar a adesão imediata de outros jurisconsultos⁷⁰. Maiores dúvidas suscitava a questão de saber se o usuário podia receber inquilinos: Ulpiano menciona a opinião de Labeo, para quem o usuário podia receber um inquilino, contanto que habitasse na casa, do mesmo modo que com ele podiam habitar hóspedes e os seus libertos.

D.7,8,3: «*Et clientes:*».

Este passo, pertencente a Paulo, limita-se a acrescentar a possibilidade de o titular do direito de uso receber os seus clientes.

D.7,8,4 pr.: «*ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitet, non erit ei invidendum: [quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?] Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni*».

Parece-nos, contudo, que SCAPINI não tem razão. Com efeito, o que D.7,8,2,1 diz não é (como pretende o referido romanista italiano) que Tubero aprova a opinião de Celso contida no livro aí indicado, mas que (como escrevemos em texto) Tubero aprova a possibilidade de o usuário receber um hóspede (a que Ulpiano se refere imediatamente antes da parte desse parágrafo em que SCAPINI se baseia para afirmar a existência de uma «inexactidão cronológica»), opinião essa que é atribuída a Tubero por Celso (no livro aí mencionado). Cremos que o reparo feito por SCAPINI constitui um equívoco, que resulta de não ter atentado na importância de que a asserção «*posse hospitem quoque recipere*» se reveste para a compreensão do que se segue («*nam ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat*»).

⁶⁸ Sobre a justificação desta primeira extensão do *uti* (para além da pessoa do usuário) e a *familia* que aí está em causa, vide SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., pp. 34-37.

⁶⁹ Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 34.

⁷⁰ Saliente-se que não foi conservado no Digesto qualquer fragmento extraído das obras de Tubero. As suas opiniões em matéria de direito privado apenas são conhecidas através das poucas citações contidas em fragmentos do Digesto provenientes das obras de outros juristas clássicos: os *libri posteriores* de Labeo, epitomados por *Iavolenus*, os *libri digestorum* de Celso, algumas obras de Ulpiano (nas quais, por vezes, também são indicados livros de Celso, como sucede no passo que estamos a analisar) e numa de Paulo. A respeito destas citações, vide FERRINI, Contardo, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, cit., pp. 26-28.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Este parágrafo, que retoma o que Ulpiano dizia no fragmento 2, esclarece que, não habitando o usuário na casa, nem sequer estes (entenda-se, os hóspedes e os libertos, a que aludia no passo anterior) podem habitá-la. E, de imediato, refere que, em relação ao inquilino, Próculo adverte que não se designa propriamente como inquilino aquele que habita com o usuário (o que sugere a utilização do termo *inquilinus* por Labeo em sentido não técnico⁷¹); e que, ainda segundo este jurista clássico («*secundum haec*»), o usuário não deve ser impedido de receber uma *pensio* (do hóspede, atendendo a que, em rigor, não é inquilino), contanto que ele próprio aí habite. Segue-se uma pergunta retórica: «que se diria se fosse deixado o uso de uma casa tão espaçosa a um homem modesto que se contentasse com uma parte dela?», dando a entender que poderia locar a parte restante, por se referir imediatamente antes o pagamento de uma *pensio*. E, a terminar, alude-se ainda à possibilidade de habitarem com o usuário aqueles que tinha ao seu serviço como se fossem escravos seus, ainda que se tratasse de pessoas livres ou de escravos alheios.

A parte desse parágrafo que vai de «*secundum haec*» a «*contentus sit?*» é considerada interpolada por muitos romanistas, como Riccobono, Pampaloni, Bonfante e Albertario⁷², assim como Grosso, Scapini e García Sánchez. aten-temos no que sustentam os três últimos.

Grosso considera essa parte do texto uma interpolação devida, provavelmente, a um «enxerto pós-clássico», afirmando que ela é «bastante evidente», pelo modo como esse passo está inserido, pelo modo como trunca, com uma

⁷¹ Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 41.

⁷² Cfr. RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, in «*Studi di diritto romano, di diritto moderno e di del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*», vol. I, Milano, Ulrico Hoepli, 1905, p. 584 [*Apud* MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1929, col. 101]; PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, in «*Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*», vol. XLIX (1911), p. 247 e nota 1 da mesma – onde o A. afirma serem verdadeiras todas as interpolações indicadas por RICCOBONO e sustenta ser «ilógico» o modo como as palavras «*secundum haec et si pensionem percipiat*» se ligam às que as precedem; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, vol. III. *Diritti Reali*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1933, p. 91 – que se limita a aderir à opinião de BREMER, RICCOBONO e PAMPALONI); e ALBERTARIO, Emilio, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, in «*Studi di Diritto Romano*», vol. V, «*Storia. Metodologia. Egesi*», Milano, Antonino Giuffrè – Editore, 1937, nota 2 da p. 301 – o qual invoca «numerosos indícios formais» (embora só mencione expressamente «*porciuncula*» e «*quid enim si*», que fazem parte da interrogação contida no passo) e a «ilogicidade da dedução».

Saliente-se que BREMER apenas considerava interpolada a parte desse parágrafo que vai de «*secundum haec*» a «*invidendum*» (precisamente aquela que, como dizemos em texto, nos parece ser clássica). Cfr. Bremer, F. P., *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, Pars altera – Primi post principatum constitutum saeculi iurisconsulti, Sectio altera*, Lipsiae, In Aedibus G. B. Teubneri, 1901, p.146 [*Apud* MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 101].

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

afirmação e motivação generalizadora, o trabalho de determinação (que ainda prossegue na frase final) e pela própria forma; e, na linha de Riccobono, afirma que a referida generalização desloca os termos, não sendo já o «*inquilinum recipere qui cum eo habitet mas o pensionem percipere dum ipse quoque inhabitat (...)*» que é confirmado no passo seguinte, nos termos do qual o usuário modesto pode contentar-se com uma parte da *domus*, locando o resto»⁷³.

Scapini, depois de dizer que no passo em causa «se tenta justificar, com extrema superficialidade, uma generalização que contradiz não só os princípios clássicos mas também os justinianeus em matéria de *usus*», sustenta que «para excluir a sua natureza clássica é suficiente observar que a concessão de um *frui* limitado se baseia no conceito de necessidade reportado à posição social do próprio usuário («*homini mediocri, ut portiuncula contentus sit*»), enquanto noutro passo, «não suspeito» (segundo este A.), D.7,8,22,1, o mesmo conceito não adquire o mínimo relevo para o fim de conceder ao proprietário o uso das partes supérfluas da *domus*»; segundo este romanista, «seria pelo menos arbitrário imputar à jurisprudência romana, que procedia com coerência lógica, a concessão de um *frui*, ainda que limitado, ao usuário de modestas exigências, com base num conceito irrelevante para autorizar o *dominus* a usar parcialmente a sua coisa»; ainda na sua opinião, o aditamento pelos compiladores do período «*secundum haec – contentus sit?*» deu corpo à «nova concepção do *usus domus*», deslocando, assim, «o discurso relativo ao *inquilinus* do caso específico em que era admitido pelos clássicos para um âmbito avaliado quantitativamente, segundo as novas orientações justinianeias»⁷⁴.

E García Sánchez invoca nesse sentido «a ordem de ideias contida nesse período», o «estilo utilizado» (que «recorda de maneira especial a constituição do ano 530 relativa à *habitatio*») e, em particular, «a correspondência entre o *quid enim distat* e o *quid enim si*» (contidos, respectivamente, em D.7,8,4pr. e em C.3,33,13,1⁷⁵), «expressões que revelam uma mentalidade jurídica confusa na distinção dos diversos institutos jurídicos: usufruto, uso e *habitatio*», sustentando que mediante a exigência de habitação na casa pelo usuário se pretende «salvar o conceito clássico do direito real de uso»⁷⁶.

Não é possível analisar aqui ponto por ponto essa orientação doutrinal. Sempre diremos, todavia, que nos parece não haver motivo para reputar inter-

⁷³ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 436-437, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, in «*Studia et Documenta Historiae et Iuris*», Ano V (1939), p. 138.

⁷⁴ Cfr. SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., pp. 34 e 42-44.

⁷⁵ A constituição imperial conservada em C.3,33,13 encontra-se transcrita *infra*, n.º 2.2.

⁷⁶ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., pp. 179-180 – onde o A. sustenta que se deve pôr essa interpolação em relação com a de D.7,8,8pr. (a que aludimos adiante).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

polada a parte dessa expressão que vai de «*secundum haec*» a «*invidendum*» e que só constitui interpolação a interrogação retórica que se segue «*quid enim – contentus sit?*». Na verdade, a circunstância de a alusão à possibilidade de o usuário receber uma pensão daquele que com ele habitasse na casa sem ser familiar ou liberto ser ainda atribuída a *Proculus* parece excluir uma interpolação justinianeia; mas parece igualmente de afastar a interpolação pós-clássica, uma vez que esse passo se explica perfeitamente no quadro do direito clássico, não constituindo, aliás, qualquer generalização (que nos parece existir somente na segunda parte da expressão e não contamina o que se diz no início da mesma).

Com efeito, da parte final de D.7,8,2,1 resulta haver divergência entre Labeo e Próculo a respeito do que devia considerar-se «*inquilinus*». E o que se segue harmoniza-se perfeitamente com o conceito de *Proculus*, que vê na pessoa recebida pelo usuário um hóspede (por habitar na casa com o usuário), mesmo que ele pague uma *pensio* (provavelmente diária), enquanto Labeo o designava como inquilino (apesar de não habitar a casa com base num contrato de locação e sem a presença do usuário), talvez por ver no hóspede alguém recebido pelo usuário na casa sem pagamento de qualquer *merces* ou *pensio*, ou seja, gratuitamente (enquanto Próculo admitia a possibilidade de a hospedagem ter natureza onerosa)⁷⁷; do que se trata é, pois, de uma divergência de opiniões entre dois juristas, ainda que pertencentes à mesma «escola», a proculeiana (reveladora de que nem sempre o segundo seguiu as doutrinas do primeiro)⁷⁸.

⁷⁷ Neste sentido, vide CONNANUS, Franciscus, *Commentariorum Iuris Civilis, Tomus prior, quinque libros complectens*, Parisiis, Apud Iacobum Kerver, 1553, Liber III, Cap. V, p. 237/v.º, onde este jurisconsulto humanista afirma: «Inquilino é aquele que habita numa casa alheia gratuitamente ou pagando uma remuneração e, propriamente, também aquele que habita sozinho e ocupa toda a casa. Porque se habita com o dono da casa ou com aquele que tem o uso dela não é dito inquilino, mas hóspede, mesmo que habite na casa pagando uma retribuição, porque aquele que tem o uso de uma casa, embora não possa locá-la a um inquilino, não está proibido de receber hóspedes, quer lhes conceda hospedagem gratuitamente quer o faça onerosamente, sendo o preço determinado por cada dia» [«*Inquilinus est qui gratis, vel precio habitat in alieno privato, proprie tamen qui solus habitat, & totam domum occupat. Nam si cum domino, aut eo qui domus usum habet, non tam inquilinus, quam hospes dicendus est, etiam si mercede habitat. quare qui usum domus habet, licet locare eam inquilinis nequeat, hospites tamen recipere non prohibetur; sive gratuitum praestet illis hospitium, sive mercenarium, constituto in singulis dies precio*»].

⁷⁸ Como resulta das referências feitas a estes juristas por Pompónio, em D.1,2,2,47, D.1,2,2,48 e D.1,2,2,52, a escola proculeiana foi fundada por Labeo e recebeu a sua designação do *cognomen* do seu discípulo (posto que não imediato, porque àquele jurista sucedeu Nerva *pater*) Próculo.

A respeito destes juristas, vide KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., pp. 114 e 123-129; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 387-389; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, cit., pp. 488-489; e FASCIONE, Lorenzo, *Storia del Diritto Privato Romano*, 2.ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, p. 455.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

A referida interrogação retórica, essa sim, é espúria, constituindo muito provavelmente uma interpolação justinianeia⁷⁹, determinada pela alteração que havia sido introduzida pela constituição imperial do ano 530 contida em C.3,33,13⁸⁰.

D.7,8,4,1: «*Mulieri autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo si viduae legatus sit, an nuptiis contractis post constitutum usum mulier habitare cum marito possit? Et est verum, ut et Pomponius libro quinto et Papinianus libro nono decimo quaestionum probat, posse eam cum viro et postea nubentem habitare. Hoc amplius Pomponius ait et cum socero habitaturam*».

Neste parágrafo, Ulpiano passa a tratar do uso deixado à mulher casada. E logo é citado *Quintus Mucius (Scaevola)*, que teria sido o primeiro jurista a admitir que a mulher podia habitar com o marido a casa de que ela tinha o uso, para que não ficasse privada do matrimónio quando a quisesse usar⁸¹; para de imediato se salientar que na hipótese inversa nunca houve dúvidas de que a mulher podia habitar a casa na companhia do marido, titular do direito de

⁷⁹ No sentido de que essa interrogação constitui uma interpolação, *vide*, por ex., PAPA, Enrico, *Usa di cosa frutifera*, cit., p. 689 e nota 27; e IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, cit., p. 216 e nota 80.

⁸⁰ *Cfr. infra*, n.º 2.2.

⁸¹ Segundo cremos, a «privação do matrimónio» a que o passo alude resultaria de, no caso concreto, se poder considerar desaparecida a *affectio maritalis*, com a consequente dissolução do matrimónio. Na verdade, segundo a concepção clássica, o *matrimonium* consistia na relação entre um homem e uma mulher, livres e púberes, dotados de *ius conubii*, assente na vontade efectiva, contínua e recíproca de estarem unidos como marido e mulher (a denominada *affectio maritalis*); e a sua dissolução ocorria quando essa vontade deixasse de existir por parte de um dos cônjuges. Ora, na hipótese considerada (por se aludir a mulher casada no momento em que lhe era deixado o *usus* de uma *domus*), tinha-se verificado, certamente, a *deductio in domum mariti*, que constituía um dos indícios mais relevantes da existência da *affectio maritalis* e, em via de consequência, do *matrimonium* (o que não acontecia com a *deductio in uxoris domum*, como resulta de D.23,2,5 – «...*deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii*»); se a *uxor* decidisse deixar de viver com o marido nessa casa e fosse habitar (até ao fim da sua vida, tratando-se de uso vitalício) naquela cujo *usus*, entretanto, lhe tivesse sido deixado, sabendo que o marido não poderia nela habitar, isso devia ser interpretado como falta de vontade, da sua parte, de continuar unida em matrimónio.

A respeito do *matrimonium* no direito romano clássico, *vide* CURA, António A. Vieira, *A união de facto («concubinatus») no Direito Romano – Da indiferença jurídica clássica à relevância jurídica pós-clássica e justinianeia*, in «*Juris et de jure*. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto», Porto, U. C. P., 1998, pp. 1305-1308 (com referências bibliográficas).

No sentido de que «a particular estrutura do matrimónio romano» («para cuja existência era suficiente a *maritalis affectio*») não podia «constituir a base jurídica e formal» para essa extensão do *uti* para além do usuário (em virtude de ser possível os cônjuges viverem em lugares separados «por um lapso de tempo considerável»), *vide*, porém, SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., pp. 35-36 – para quem «os juristas romanos, ao determinarem gradualmente o conteúdo do *usus domus*, tiveram em conta a realidade da vida e as suas exigências concretas, sugeridas, de modo particular, pelo costume social».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

uso⁸². Seguidamente, Ulpiano interrogava-se a respeito da possibilidade de a viúva a quem foi legado o uso de uma casa nela habitar com o novo marido, com quem viesse a contrair segundas núpcias depois de constituído o direito de uso, respondendo que uma vez casada (de novo) ela pode habitar a casa com o marido; nesse sentido, invoca a aprovação de Pompónio e de Papiniano (com indicação das obras em que estes juristas manifestam essa opinião). E acrescenta que Pompónio vai ainda mais longe, ao sustentar que também o sogro da usuária pode habitar com ela (e com o marido da usuária).

O texto denota, desde logo, uma evolução a respeito da possibilidade ou impossibilidade de o marido habitar na casa com a mulher usuária. Até Quinto Múcio Cévola (que deve ser o mais novo com esse nome, falecido em 82 a. C., em virtude da grande autoridade de que gozaram os seus escritos⁸³) parece que havia unanimidade a respeito da inadmissibilidade de a mulher a quem fosse deixado o uso da casa viver nela com o marido, o que significa que a casa devia ser apenas habitada pela legatária; mas esse prestigiado jurista pôs termo a essa compreensão estritamente pessoal do direito de uso, nesse caso particular, admitindo que com ela pudesse habitar o marido, atendendo às consequências inadmissíveis da solução oposta. Subsistindo dúvidas a respeito da possibilidade de a usuária viúva que, entretanto, se unisse novamente em matrimónio habitar a casa com o novo marido, Ulpiano defende também que tal poderia verificar-se, estribando-se no parecer de Pompónio e de Papiniano; e acrescenta que o primeiro teria ainda reconhecido que com a usuária e com o marido poderia habitar também o sogro dela (e pai dele), desde que o marido estivesse na sua companhia, como é esclarecido no fragmento seguinte (D.7,8,5), pertencente a *Paulus*: «*Immo et socer cum nuru habitabit, utique cum vir una sit*».

D.7,8,6: «*Non solum autem cum marito, sed et cum liberis libertisque habitare et cum parentibus poterit: et ita et Aristo notat apud Sabinum. Et huc usque erit procedendum, ut eosdem quos masculi recipere et mulieres possint*».

Neste fragmento, com o qual se retoma a exposição de Ulpiano, encontra-se testemunhado mais um passo da evolução do conteúdo do direito de uso de uma casa concedido a uma mulher: segundo o jurista a quem o passo pertence, podiam ainda habitar com ela na casa os seus filhos e os seus libertos, assim como os seus pais, o que teria sido defendido por Aristo, com base na

⁸² O que bem se compreende em face do que dissemos (na nota anterior) a respeito do alcance de que se revestia a *deductio in domum mariti*.

⁸³ Cfr: KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, p. 18; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 376 e 384-385; e GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, pp. 338-339.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

opinião de Sabino (o que faz remontar esse entendimento ao séc. I d. C., uma vez que *Sabinus* terá falecido em meados do mesmo)⁸⁴; e no final sustenta que se deverá chegar a dizer que as mulheres podiam receber na casa as mesmas pessoas que podiam ser recebidas pelos homens.

Também este passo mostra, pois, que o conteúdo do direito da usuária da casa foi sendo ampliado, com o alargamento ads pessoas que com ela podiam habitar.

D.7,8,7: «*Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit, qui honeste cum ea quae usum habeat habitaturus sit*».

Este fragmento pertencente a Pomponius revela que, diferentemente do que acontecia quando o usuário era o marido, havia uma limitação ao direito de receber hóspedes, pois só eram admitidos os que com ela fossem habitar honestamente (numa clara valoração moral, que alguns jurisconsultos medievais e humanistas consideraram aplicável também ao uso de uma *domus* concedido ao marido⁸⁵).

I.3.2.2 *O conteúdo do uso de um fundus*

A determinação do conteúdo do uso do *fundus* oferece muito mais dificuldades, em virtude de se tratar de uma *res* produtora de frutos naturais.

Já vimos que o simples *usus* é negativamente delimitado pela ausência do *frui*, que no usufruto é indissociável do *uti* e se traduz na apropriação dos frutos pelo usufrutuário⁸⁶.

E, especificamente quanto ao uso de um *fundus*, dispomos de um passo do Digesto (D.7,8,10,4) que começa por dizer que, se fosse legado o uso de um *fundus*, não se duvidava de que havia, em qualquer caso, menos do que o usufruto – «*Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat*»⁸⁷.

Mas este parágrafo logo afirma ser necessário ver qual o alcance do legado («*Sed quid in ea causa sit, videndum*») e, portanto, em que consiste o uso

⁸⁴ Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 390.

⁸⁵ Cfr., quanto aos humanistas, por ex., DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, cit., *Lib. X*, Cap. XXV, n.º V, col. 222 [«(...) *Sed et hoc ad masculos transferendum est; ut si cui usus aedium legatus sit, non possit recipere in aedes meretricem aut concubinam, cum qua honeste habitare non possit*»].

⁸⁶ Cfr. *supra*, n.º 1.3.1.

⁸⁷ Cfr., também, I.2,5,1 – «*Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usu fructu. (...)*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

do *fundus*. E nele se inicia também a determinação positiva do seu conteúdo, feita de modo casuístico, com a convocação (por *Ulpianus*, a quem o texto pertence) de um parecer de Labeo:

D.7,8,10,4: «(...) *Et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibitorium illo venire: sed colonum non prohibitorium nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi causa illic sit: ceterum si urbanam familiam illo mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familiam prohibendam eiusdem rationis est. Idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum*».

Labeo entendia que o usuário podia habitar no *fundus* (naturalmente, porque havia nele algum edifício que o permitia) e, inclusivamente, proibir que o *dominus* lá entrasse, mas não já o colono (locatário), nem os escravos que se encontrassem nas terras para as cultivarem (mas não quaisquer outros) – o que apenas se compreende por estar em causa, em concreto, um *fundus* que não era cultivado pelo *dominus* e pelos seus escravos, mas que tinha sido objecto de *locatio conductio*. E afirmava ainda que só ao usuário pertencia o uso da adega e do lagar de azeite, não podendo o *dominus* usá-las contra a vontade daquele.

E a tanto se limita a versão compilatória do texto, apesar de ser bem provável que o grande jurista clássico cuja opinião nos é transmitida por *Ulpianus* tratasse mais desenvolvidamente dos termos em que o usuário exercia o seu direito⁸⁸. Prevaleceu a determinação de que os escritos dos juristas clássicos fossem reduzidos⁸⁹.

O direito de o usuário morar no *fundus* é reafirmado no fragmento seguinte, procedente das *Res Cottidianae* de Gaio:

D.7,8,11: «*Inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: (...)*»⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 443.

⁸⁹ É o próprio Justiniano que, na constituição *Tanta* (§ 1.º), nos dá conta de que deu permissão a Triboniano para «reduzir convenientemente as obras doutíssimas da antiguidade» (isto é, dos juristas clássicos) e refere que, dos «quase dois mil *libri*» escritos pelos juristas clássicos (recolhidos por Triboniano e pelos restantes compiladores), contendo «mais de três milhões de linhas», se procedeu à escolha do melhor de todos eles, de acordo com as suas instruções, o que resultou numa obra com «cinquenta livros», com um total de «cento e cinquenta mil linhas», na qual ficou reunido tudo o que foi considerado verdadeiramente útil: «(...) *Postea vero maximum opus adgredientes ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta eidem viro excelso permisimus tam colligere quam certo moderamini tradere. sed cum omnia percontabamur, a praefato viro excelso suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam trecenties decem milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere. quod (...) confectum est secundum nostra mandata, quae ab initio ad memoratum virum excelsum fecimus, et in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est (...) in centum quinquaginta paene milia versuum totum opus consummantes (...)*».

⁹⁰ O mesmo se acha estabelecido em I.2,5,1.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

O conteúdo do direito do usuário, de morar no *fundus*⁹¹, era limitado, quer por não poder constituir incómodo para o proprietário quer por não poder existir qualquer estorvo para aqueles que executavam os trabalhos agrícolas (a que acrescia o limite contido na 2.^a parte —«*nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest*»—, a que aludiremos adiante).

A determinação do conteúdo do *usus* prossegue nos dois primeiros parágrafos (no *principium* e no § 1) de D.7,8,12, outro fragmento (muito extenso) extraído do livro XVII dos comentários de Ulpiano *ad Sabinum*, que alude também ao uso de animais e de escravos (por esta ordem). Vejamos, por ora, o que contêm os parágrafos referentes ao *usus fundi*.

D.7,8,12pr.: «*Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est. Venire plane proprietarium ad fructus percipiendos magis dicendum est, et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse admittendum est*».

Neste passo reconhece-se àquele a quem foi deixado (legado) o uso pleno da *villa* (casa de campo) ou do *praetorio* (casa senhorial)⁹², sem prejuízo, porém, de o *dominus* poder ir colher os frutos e de lá habitar durante o período das colheitas. Donde resulta, pois, que o *usus* compreendia somente o uso dos edifícios, ou seja, a habitação neles, e não também o uso relacionado com a actividade produtiva, que pertencia ao *dominus*, e, além disso, atendendo à particularidade do seu objecto, podia ter de coexistir com a habitação do *dominus* durante a realização das colheitas⁹³.

Não nos parece haver razão para pôr em causa a natureza substancialmente clássica da segunda parte deste parágrafo («*Venire plane – admittendum est*»), apesar das dúvidas manifestadas a esse respeito, v.g., por Grosso⁹⁴.

D.7,8,12,1: «*Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum: idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat*

⁹¹ Sobre o alcance de «*morari*», vide, por ex., BIAVASCHI, Paola, *Profili antidogmatici del diritto romano: «in fundo morari», «precarium» di «habitatio» e «gratuita habitatio»*, in «*Index*» 36 (2008), p. 254.

⁹² Sobre o que deve entender-se por *villa* e *praetorium*, para este efeito, vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, p. 443, nota 2.

⁹³ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 443.

⁹⁴ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 444.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

sumpturum et ex his quae Nerva negavit: Iuventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti: quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur his, ut puto, dumtaxat in villa: pomis autem et oleribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferri possint: sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundant in fundo».

Este parágrafo começa por reafirmar o direito que o usuário tem de habitar no *fundus*, para de imediato acrescentar outra prerrogativa que lhe assiste: a de nele passear, a pé ou de qualquer outro modo (por ex., a cavalo ou transportado numa liteira), sem pôr em causa o limite referido em D.7,8,11⁹⁵.

A determinação do conteúdo do uso do *fundus* prossegue com específica referência ao que não consistia na habitação (ou na mencionada deambulação), sendo possível surpreender no resto desse parágrafo importantes traços de evolução ainda na época clássica e, segundo parece, também de alteração posterior.

Na sua versão compilatória, o texto convoca primeiramente a opinião de Sabino e de Cássio, que reconheceram ao usuário o direito de se servir, para o seu uso quotidiano, da lenha, da horta, das frutas, das hortaliças, das flores e da água, mas somente para seu uso e não para obter um ganho com essas coisas, não podendo dispor delas⁹⁶. Essa opinião recebeu a concordância de Nerva, que acrescentou a possibilidade de usar a palha e os ramos cortados das árvores, excluindo, porém, a de fazer uso das folhas, do azeite, do trigo e dos frutos.

O passo diz a seguir que Sabino, Cássio, Labeo e Próculo foram mais longe, e disseram que, das coisas produzidas no *fundus*, inclusivamente das que Nerva negou, podiam ser tomadas pelo usuário aquelas de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família.

Vem depois mencionada a opinião de *Iuventius*⁹⁷, para quem o usuário também podia servir-se destas coisas quando tivesse convidados e hóspedes, acrescentando-se que parece verdadeira, por se dever proceder com generosidade em atenção à condição social daquele a quem se legou o uso.

Segue-se ainda uma restrição: o legatário só poderia usar das coisas até aí referidas na casa de campo, o que acaba por valer somente para as necessárias para o sustento do usuário e da sua família, uma vez que se considera preferível admitir que poderia servir-se das frutas, das hortaliças, das flores e da lenha

⁹⁵ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 444.

⁹⁶ A essa faculdade aludem igualmente as *Institutiones*. Cfr. I.2,5,1 – «(...) *namque is qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intelletur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignis ad usum cottidianum utatur: (...)*».

⁹⁷ Deve tratar-se de *Celsus filius*.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

tanto no próprio *fundus* como levá-las para a cidade e consumi-las aí, por isso não representar um encargo pesado, se tais coisas abundavam no fundo.

O texto suscita diversos problemas, como tem sido sublinhado, apesar de a atribuição dos diversos alargamentos do conteúdo do *usus* a determinados juristas clássicos poder constituir indício do seu carácter genuíno. Não cabendo nos objectivos deste estudo uma apreciação pormenorizada do seu conteúdo, limitar-nos-emos a alguns aspectos. Deixaremos de parte, em especial, a referência final, que não tem interesse para o objectivo que nos propusemos⁹⁸.

Assim, importa salientar que parece fora de dúvida ter sido ainda a *iurisprudencia* clássica a reconhecer como abrangido pelo *uti* o consumo de elementos produzidos no fundo. Realmente, com a abundante citação de juristas desse período que se encontra neste passo, apenas admitindo a completa adulteração (e «falsificação») do que fora dito por todos esses jurisconsultos – que, em todo o caso, só poderia ser obra de algum reelaborador pós-clássico, e não dos compiladores – se poderia afirmar que nada disso ocorreu na época clássica.

O carácter genuíno do que inicialmente se atribui a *Sabinus* e a *Cassius* (*Cassius Longinus*, discípulo de Sabino⁹⁹), ambos juristas do séc. I d. C. e pertencentes à «escola» sabiniana (ou cassiana)¹⁰⁰, parece não oferecer dúvidas; e tanto assim que Nerva (certamente Nerva *filius*¹⁰¹), apesar de ser proculiano¹⁰², concordou com essa opinião e acrescentou ainda que o usuário podia usar a palha e os ramos cortados das árvores. Trata-se, em qualquer caso, apenas do uso directo e do consumo dessas coisas, e não da sua apropriação e

⁹⁸ No sentido de que a parte final do passo («*sed melius – in fundo*») constitui uma interpolação, vide ALBERTARIO, Emilio, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, p. 302, nota 1; PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., pp. 259-261; e GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 446.

⁹⁹ Cfr. D.1,2,2,48 e 51.

¹⁰⁰ Cfr. D.1,2,2,48 e 52.

Sobre estes jurisconsultos, vide KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., pp. 119-120 e 130-131; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377, 388 e 390; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, cit., pp. 489-490; e FASCIONE, Lorenzo, *Storia del Diritto Privato Romano*, cit., p. 455.

¹⁰¹ Na verdade, atendendo a que Nerva *pater* terá falecido em por volta do ano 47 d. C. d. C. e Nerva *filius* faleceu cerca do ano 75 d. C., enquanto Sabino faleceu por volta do ano 48 d. C. e Cássio faleceu cerca do ano 70 d. C., parece-nos mais provável que tenha sido Nerva *filius* a concordar com a opinião destes dois (sobretudo com a do segundo); até porque o texto diz que Nerva acrescentou a possibilidade de o usuário do *fundus* fazer uso da palha e dos ramos cortados das árvores. A respeito destes juristas, vide KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., pp. 119-120 e 130-131; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377, 388 e 390; e GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, pp. 489-491.

¹⁰² Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 388; GUARINO, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, cit., p. 491; e FASCIONE, Lorenzo, *Storia del Diritto Privato Romano*, cit., p. 455.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

aquisição, uma vez que não é consentida a disposição delas; Nerva excluía, no entanto, o uso das folhas, do azeite, do trigo e dos frutos¹⁰³.

Que a extensão atribuída a Sabino, Cássio, Labeo e Próculo – no sentido de que, das produzidas no *fundus*, podiam ser tomadas pelo usuário aquelas coisas de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família – provenha realmente das obras desses jurisconsultos é que nos parece não ser de admitir. Desde logo, porque tem contra si a circunstância de no início do parágrafo se atribuir aos dois primeiros uma posição mais restrita do que a que aqui se encontra: o direito de uso abrangeria não só aquelas coisas de que o usuário podia servir-se para o seu uso quotidiano (como defendiam Sabino e Cássio, segundo a parte inicial do parágrafo), mas também todas as produzidas no *fundus*, ainda que com o limite decorrente da necessidade do usuário e da sua família¹⁰⁴. E, mais ainda, porque Nerva *filius* é um proculeiano posterior a Labeo e Próculo (respectivamente, fundador e jurista que deu o nome à escola proculeiana, como vimos¹⁰⁵)¹⁰⁶ e não faria sentido que tivesse defendido uma posição mais restritiva do que aquela que, nesta parte, se afirma ter sido a dos seus predecessores, Labeo e Próculo, na medida em que Nerva excluía expressamente do direito de uso, designadamente, o azeite, o trigo e os frutos¹⁰⁷.

Ainda assim, não seria forçoso concluir pela natureza não clássica do alargamento do conteúdo do *usus* aí referido: ele poderia corresponder à opinião de outro ou de outros juristas clássicos, posteriores, sendo a referência àqueles juristas devida a erro cometido pelo próprio Ulpiano, a quem o passo é atribuído no Digesto – o que nos parece altamente improvável –, ou na época pós-clássica; ou pertencer a Ulpiano, o que se afigura menos provável, por se ter dedicado a obras de comentário (e, de qualquer modo, conhecendo como

¹⁰³ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 445-448.

¹⁰⁴ PAMPALONI considera essa parte do texto como clássica, à exceção da referência feita aos três juristas primeiramente mencionados, «*Sabinus et Cassius et Labeo*», que parece atribuir aos compiladores (sem, contudo, dizer em que se fundamenta); ou seja, esse passo seria clássico, mas teria sido somente Próculo a admitir que o usuário podia tomar para si as coisas produzidas no *fundus* de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família. Este A. afirma ainda que a expressão «*hoc amplius – negavit*» não contém nada que leve a suspeitar tratar-se de um acrescento dos compiladores. Cfr. PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., pp. 260-261 e nota 12.

É certo que o argumento por nós aduzido não teria tanta força se a extensão em causa fosse apenas da responsabilidade de Próculo, uma vez que a concepção mais estrita mencionada no início do parágrafo é atribuída a Sabino e a Cássio. Ainda assim, parece-nos improvável uma divergência tão radical entre Próculo (discípulo de Nerva *pater*) e Nerva *filius* (com quem chegou a coexistir) – cfr. D.1,2,2,52 – a respeito do conteúdo do *usus*.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, nota 78.

¹⁰⁶ Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, I, cit., pp. 377 e 388-389.

¹⁰⁷ Mesmo que se tratasse de Nerva *pater*, este sempre seria posterior a Labeo, de quem foi discípulo (cfr. D.1,2,2,48), embora anterior a *Proculus*, que lhe sucedeu (cfr. D.1,2,2,52).

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

poucos as obras dos juristas que o antecederam não atribuiria aquele parecer aos jurisconsultos mencionados na versão compilatória do texto) ¹⁰⁸.

A circunstância de o texto ter sido, certamente, abreviado (em obediência à imperiosa necessidade de redução do rico manancial constituído pelas obras dos juristas clássicos ao limite de linhas determinado por Justiniano ¹⁰⁹), só por si, não explica o seu teor actual; há indícios evidentes da sua reelaboração, talvez operada na época pós-clássica, embora não se possa excluir a sua natureza compilatória. Parece-nos, pois de admitir que a expressão «*etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit*», pelo seu sentido generalizador e pela mudança de paradigma que representa (e, de algum modo, pela tentativa de eliminar divergências doutrinárias a esse respeito, atribuindo esse entendimento aos fundadores das escolas sabiniana e proculeiana e a dois dos seus discípulos), não é clássica; constitui realmente uma interpolação ¹¹⁰, ainda que não nos pareça decisivo, contra o que sustenta GROSSO, o elemento formal traduzido em esta parte do parágrafo aludir a «*sumere*», «*acentuando l'elemento dell'apprensione, come precedente all'uso*», porque esse «tomar as coisas» sempre teria de existir em relação às primeiramente indicadas, precedendo o seu uso.

Como quer que seja, trata-se de um alargamento do conceito de uso do *fundus*, em relação aos produtos nele obtidos, em termos de poderem ser directamente utilizados para a satisfação das necessidades do usuário e da sua família (assim como dos seus convidados e hóspedes, segundo a opinião de *Iuventius*) no local onde eram produzidos. Não se exorbita, pois, do *uti*; não se trata de apropriação de todos os frutos, contrariamente ao que se verificava no usufruto ¹¹¹.

¹⁰⁸ Dir-se-ia que a favor da natureza clássica do alargamento do conceito de uso aí em causa estaria o parágrafo inicial de um fragmento do Digesto proveniente de uma obra de *Paulus*, D.7,8,15pr. – «*Fundi usu legato licebit usuario et ex penu quod in annum dumtaxat sufficiat capere, (...)*» –, em virtude de esse jurista da época clássica tardia admitir que o legatário a quem foi concedido o uso de um *fundus* pudesse tomar da despensa as provisões de que necessitasse para o ano (por estar confinado a essa duração); mas parece-nos que isso se deve à especificidade da *penu legata* (além de que existem dúvidas a respeito da referência feita ao *fundus* em textos que versam aquele legado). Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 562-574.

¹⁰⁹ Cfr. *supra*, nota 89.

¹¹⁰ Neste sentido pronunciam-se, por ex., RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, cit., p. 590 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 102], para quem constitui interpolação «*Sed – negavit*»; GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 448-450, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., pp. 134-138; PAPA, Enrico, *Usa di cosa fruttifera*, cit., p. 685; e IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, cit., p. 80 e nota 81.

¹¹¹ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 453-456, 462-464 e 466-469.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

I.3.2.3 *O conteúdo do uso de outras coisas*

Quanto ao conteúdo do uso de outras coisas, apenas nos interessam aqui os parágrafos de D.7,8,12 que se referem ao uso de alguns animais e ao uso de escravos.

D.7,8,12,2: «*Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercoreandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum*».

Este passo alude à hipótese de ter sido legado o uso de algum gado, por exemplo de um rebanho de ovelhas, e menciona a opinião de Labeo a respeito do conteúdo do seu uso: o legatário só poderá usar esses animais para estrumar a terra, não podendo usar a lã, nem os cordeiros, nem o leite, porque estas coisas pertencem mais ao usufruto. Mas depois diz, no que seria a opinião de *Ulpianus*, a quem é atribuído: penso, no entanto, que poderá servir-se de uma módica quantidade de leite, pois as vontades testamentárias não podem ser interpretadas com um sentido tão estrito.

A afirmação de que a lã, os cordeiros e o leite são mais objecto do usufruto do que do uso bem se compreende, uma vez que se trata de frutos das ovelhas como resulta de D.22,1,28pr., extraído das *res cottidianae* de Gaio: «*In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii*»¹¹².

A referência à possibilidade de o legatário se servir de uma módica quantidade de leite já foi considerada interpolada¹¹³. No entanto, parece

¹¹² Tradução: «No fruto dos gados está a cria, assim como o leite, o pêlo e a lã: por consequência, os cordeiros, os cabritos e os vitelos são adquiridos de pleno direito pelos possuidores de boa fé e pelos usufrutuários».

¹¹³ Cfr. RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, cit., p. 596 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 102] – que considera interpolada toda a parte final do texto, de «*Hoc amplius*» até «*defunctorum*»; ALBERTARIO, Emilio, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne*, cit., p. 302, nota 1 – que também sustenta a interpolação da referida parte final; e PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., pp. 249, nota 3, 257, 258, 258, nota 3 e 259 – onde reputa interpolada a parte do passo que vai de «*modico lacte*» a «*defunctorum*», considerando clássicas as palavras «*Hoc amplius*», a que se seguiriam (na versão de Ulpiano) as palavras «*etiam ex his sumpturum quod ad victum sibi suisque sufficiat*» (ou seja, uma formulação idêntica à que se encontra em D.7,8,12,1, mas nos parece interpolada).

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

que, quando muito, só não será clássico o critério quantitativo da modicidade¹¹⁴.

D.7,8,12,5 – «*Si usus ministerii alicui fuerit relictus, ad suum ministerium utetur et ad liberorum coniugisque, neque videbitur alii concessisse, si simul cum ipsis utatur: (...)*».

Este passo do Digesto, no excerto transcrito, refere-se à hipótese de ter sido deixado a alguém o uso de um escravo: o titular desse direito devia usar o escravo para o seu serviço, para o dos seus filhos e para o do seu cônjuge, entendendo-se que não o tinha cedido a outrem se o usasse juntamente com qualquer dessas pessoas¹¹⁵.

I.4 A intransmissibilidade do *usus*

O *usus* era um direito de carácter pessoalíssimo¹¹⁶. Compreende-se, por isso, que – além de se tratar de um direito que (como vimos) se extinguia com a morte do usuário (não sendo, pois, transmissível aos herdeiros, como é expressamente afirmado, quanto ao legado da habitação, em D.7,8,10pr. –«...*ad heredem tamen nec ipsa transit...*»– e, relativamente ao uso da água, em D.7,8,21 –«*Usus aquae personalis est et ideo ad heredem usuarii transmitti non potest*»)¹¹⁷– o usuário não pudesse dar em locação a *res* que era objecto do uso, qualquer que este fosse, não pudesse ceder esse direito de qualquer outro modo, nem o pudesse vender.

¹¹⁴ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 453-460, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., pp. 134-136 e 139.

No sentido de que a possibilidade de se servir de uma módica quantidade de leite já era defendida por Ulpiano, vide FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado Romano*, Madrid, ed./A., 1978, p.151; e CASTRO-CAMERO, R., «*Usus sine fructus*», cit., p. 348; e quanto à natureza clássica da máxima segundo a qual «as vontades dos defuntos não devem ser interpretadas tão estritamente» (com que termina D.7,8,12,2), vide FERRINI, Contardo, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, cit., p. 27 – que a considera do início do império.

Sublinhe-se que nas *Institutiones* não se menciona essa possibilidade de consumo de qualquer quantidade de leite (mas isso pode dever-se à natureza elementar e introdutória dessa obra): I.2,5,4 – «*Sed si pecoris vel ovium usus legatus fuerit, neque lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest*».

¹¹⁵ Nas *Institutiones* alude-se somente ao uso pelo próprio usuário: I.2,5,3 – «*Item is ad quem servi usus pertinet ipse tantum operis atque ministerio eius uti potest: (...)*».

¹¹⁶ Neste sentido, vide, por ex., CASTRO-CAMERO, R. de, «*Usus sine fructus*», cit., p. 349.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, n.º 1.2.2.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Relativamente ao uso de uma casa, isso é testemunhado, antes de mais, por aquela que, certamente, era a versão genuína de um passo do Digesto atribuído pelos compiladores a Ulpiano:

D.7,8,8 pr.: «*Sed neque locabunt [seorsum] neque concedent habitationem [sine se] nec vendent usum*».

Na sua versão compilatória, este parágrafo, atribuído a Ulpiano, estabelece o seguinte limite ao direito de uso: os usuários não podem locar nem conceder a habitação sem habitarem a casa e também não podem vender o uso.

Todavia, tem sido assinalada a interpolação de «*seorsum*» e de «*sine se*», que representaria uma atenuação do limite geral negativo ao uso da habitação, no direito clássico, que seria, antes, o de o usuário não poder locar a casa, conceder a habitação a outrem e vender o uso¹¹⁸. E, realmente, parece haver razão para isso, que cremos residir na alteração introduzida por Justiniano quanto à *habitatio*, através da constituição imperial que reconheceu ao *habitor* o direito de locar a coisa objecto desse direito real¹¹⁹. Concordamos, pois, com a existência de interpolação, nos termos indicados, mas parece-nos devida aos compiladores justinianeus e não a um «mestre pós-clássico», como defende GROSSO.

Aliás, as *Institutiones* de Justiniano conservam (com inteira fidelidade ao direito clássico) a referência ao carácter pessoal do direito do usuário, que apenas podia usar pessoalmente o *fundus*, não podendo vender, locar ou ceder gratuitamente a outrem o seu direito de uso (contrariamente ao usufrutuário) e também só podia habitar a casa ele próprio (com as outras pessoas a que já aludimos), não podendo transferir o direito de habitação para outra pessoa:

– I.2,5,1: «(...) *is qui fundi nudum usum habet, (...): nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere*»;

– I.2,5,2: «*Item is qui aedium usum habet hactenus iuris habere intellegitur ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: (...)*».

¹¹⁸ Cfr., nomeadamente, RICCOBONO, Salvatore, *Sull'«usus»*, cit., p. 584 [Apud MITTEIS, Ludovicus/LEVY, Ernestus/RABEL, Ernestus, «*Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*», Tomo I, cit., col. 101]; PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. V. Il diritto del usuario al godimento dei frutti*, cit., p. 247, nota 1; GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 438 e 440-441, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., p. 138; SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 73; e GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., p. 42.

¹¹⁹ Cfr. *infra*, n.º 2.2.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

Relativamente ao uso de um *fundus*, essa limitação do conteúdo do direito do usuário está contida num fragmento do Digesto extraído das *Res Cottidianae* de Gaio:

D.7,8,11: «*Inque eo fundo hactenus ei morari licet, (...): nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest*»¹²⁰.

Este fragmento (já referido a outro propósito¹²¹) não deixa qualquer dúvida a respeito do não reconhecimento ao usuário do direito de vender a *res* de que tinha o direito de uso, de a locar ou de conceder gratuitamente o seu uso.

Quanto ao escravo de que se tinha o *usus*, Ulpiano menciona também a impossibilidade de o usuário dar em locação os seus serviços ou de ceder o seu uso a outra pessoa:

D.7,8,12,6: «*Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: (...)*».

A inadmissibilidade de transferência, de qualquer modo, desse direito de uso do trabalho ou do serviço do escravo para outrem consta também de um parágrafo das Instituições justinianeias:

I.2,5,3: «*Item is ad quem servi usus pertinet (...): ad alium vero nullo modo ius suum transferre ei concessum est. (...)*».

Sem referência ao objecto do *usus*, dispomos ainda de um outro passo do Digesto que alude à inadmissibilidade da venda e da locação, a propósito dos termos em que podia ser feita a divisão, com a acção de divisão de coisa comum:

D.10,3,10,1: «*Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus. (...)*».

Do exposto resulta, pois, que o *usus* se distinguia do *usufructus* também por este motivo, em virtude de, ao contrário do titular do *usus*, o usufrutuário ter a possibilidade de conceder a fruição, locar ou vender o exercício deste direito a outra pessoa:

D.7,1,12,2: «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. (...)*».

¹²⁰ Cfr., também, I.2,5,1 (*in fine*), que contrapõe a essa situação jurídica do usuário a do usufrutuário, que o pode fazer – «(...) *nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere*».

¹²¹ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.2.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

I.5 Algumas obrigações do usuário

O usuário tinha as seguintes obrigações: a de usar a coisa objecto desse direito como um *bonus pater familias*, a de efectuar reparações na casa cujo uso lhe fosse concedido e a de prestar caução (também quando se tratasse do uso de uma casa).

Que o usuário, no exercício do seu direito, devia comportar-se como um homem recto está estabelecido num passo do Digesto proveniente de um livro de *Paulus*:

D.7,8,15,1: «(...) *ita nec heres quicquam facere debet, quo minus is cui usus legatus est utatur, ut bonus pater familias uti debet*».

A obrigação de efectuar reparações na casa objecto do *usus* é versada num fragmento extraído de outra obra desse jurista da época clássica tardia:

D.7,8,18: «*Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat, si vero talis sit res, cuius usus legatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est: quae distinctio rationem habet*».

O texto começa por se referir ao legado do simples uso (*sine fructu*) de uma casa, dizendo que a reparação dela, para que se mantenha em bom estado, compete tanto ao herdeiro como ao legatário. Mas depois verifica-se uma inflexão no discurso, que passa a reportar-se, genericamente, ao uso de uma coisa legada e distingue consoante o herdeiro receba os frutos, hipótese em que ele próprio deve proceder à reparação, ou a natureza da coisa seja tal que o herdeiro não possa perceber os frutos, caso em que o usuário é obrigado a proceder à reparação; e conclui que essa distinção tem razão de ser.

Parece-nos que a aludida mudança do objecto, para mais com uma referência genérica na segunda parte (em contraste com o seu início), e a existência de uma primeira solução que acaba por ser afastada depois atestam a reelaboração do texto, na época pós-clássica ou pelos próprios compiladores. A distinção nele presente deve valer para o direito justinianeu, mas não para o direito clássico.

A obrigação de prestar caução, quando tenha sido legada uma casa, é referida num fragmento do Digesto proveniente de um livro de *Papinianus*:

D.7,9,11: «*Usu quoque domus relicto viri boni arbitrato cautionem interponi oportet: nec mutat, si pater heredes filios simul habitare cum uxore legataria voluit*».

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

Aquele a quem foi deixado o uso de uma casa, diz o passo, está obrigado a prestar caução (*cautio usuaria*) segundo o arbítrio de um homem recto. Acrescenta depois que essa obrigação se mantém se o pai quis habitar juntamente com os filhos herdeiros e com a mulher legatária ¹²².

Tratava-se de uma *satisdatio necessaria*, à semelhança do que acontecia com a prestada a favor do titular da nua propriedade para garantir a restituição da coisa sobre a qual tinha sido constituído um usufruto (*cf.* D.2,8,8,4).

II. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO DIREITO JUSTINIANEU (OU NELE CONSAGRADAS)

Foram diversas e de alcance variado as alterações introduzidas no uso e na habitação no direito justiniano (ou que, efectuadas na época pós-clássica, nele permaneceram).

Sem grande relevância para o objectivo que nos propusemos, mencionamos desde já a eliminação da *capitis deminutio minima* do elenco das causas de extinção do *usus*, que resultou de ter sido afastada em relação ao usufruto (mantendo-se a remissão para este, quanto ao uso) ¹²³ – sendo, aliás, mencionada também para o *usus* num parágrafo das *Institutiones* ¹²⁴ –, bem como a exclusão do não uso do elenco das causas de extinção do usufruto, passando esta a verificar-se somente em caso de procedência da excepção de prescrição (de dez anos ou de vinte anos, contra presentes ou contra ausentes, respectivamente) invocada pelo possuidor na *vindicatio ususfructus* instaurada pelo usufrutuário ¹²⁵.

¹²² *Cfr. supra*, n.º 1.3.2.1.

¹²³ *Cfr.* C.3,33,16,2 – «*Sed nec per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum imminere nostris patimur subiectis. (...)*» –, C.3,33,16,3 – «*Excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem vel civitatem romanam possit adimere: et tunc enim usus fructus omnimodo ereptus ad suam revertatur proprietatem*»; e I.2,4,3 – «*Finitur autem usus fructus (...) duabus capitis deminutionibus, maxima et media, (...). quae omnia nostra statuit constitutio. (...)*».

¹²⁴ *Cfr.* I.3,10,1, *in fine*: «*(...) usus etenim et usus fructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio*».

¹²⁵ *Cfr.* C.3,33,16,1 – «*Sed nos haec decidentibus sancimus non solum actionem quae pro usu fructu nascitur, sed nec ipsum usum fructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu, sed usum fructum, quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum, cum multae et innumerabiles causae rebus incidunt mortalibus, per quas homines iugiter detinere quod habent non possunt, et est satis durum per huiusmodi difficultates amittere quod semel possessum est, nisi talis exceptio usufructuario opponetur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum praesentem vel absentem excludere*» –, C.7,33,12,1 – «*Sancimus itaque debere in huiusmodi specie utriusque personae tam petentis quam possidentis spectari domicilium, (...) et si uterque domicilium in eadem habet provincia, causam inter praesentes esse videri et decennio agentem excludi*» –, C.7,33,12,3 – «*Sin autem non in eadem provincia uterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera, tunc ut inter absentes causam disceptari et locum esse viginti annorum*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Interessam-nos especialmente as alterações verificadas quanto ao conteúdo do direito de uso e, sobretudo, a autonomização da *habitatio*, de que nos ocuparemos por esta ordem. Ainda assim, não deixaremos de aludir, depois, a algumas outras alterações.

II.1 A ampliação do conteúdo do *usus*

Já tivemos oportunidade de analisar a parte do parágrafo do Digesto que, a determinado passo, diz que Sabino, Cássio, Labeo e Próculo foram mais longe (do que antes se indicara) e disseram que o usuário podia tomar das coisas produzidas no *fundus* (inclusivamente das que Nerva havia negado) aquelas de que necessitasse para o seu sustento e para o da sua família:

D.7,8,12,1: «(...) *Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit: (...)».*

Apesar de termos algumas dúvidas, parece-nos que no estado actual do conhecimento das fontes, o alargamento do conteúdo do *usus* aqui contido não foi obra dos juristas clássicos a quem esse entendimento é atribuído e também não pertence a *Ulpianus*, jurista dotado de elevadíssimo nível cultural que, por esse motivo, e atendendo ao que acima dissemos sobre os problemas suscitados por esse passo, não atribuiria a *Sabinus*, *Cassius Longinus*, *Labeo* e *Proculus* o que se encontra na versão compilatória dessa parte do texto; e também não cremos que seja devido a quaisquer outros juristas clássicos, que o próprio Ulpiano não teria mencionado, substituindo-os pelos que se encontram na versão compilatória do fragmento (hipótese que nos parece de afastar liminarmente).

Esse alargamento do conceito de uso do *fundus*, ínsito na expressão «*etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit*», consubstancia uma interpolação. Pelo menos no direito justinianeu, o usuário podia usar directamente os produtos do *fundus* para a satisfação das suas necessidades e da sua família (assim como dos seus convidados e hóspedes), ainda que apenas no local onde eram

exceptioni. (...)»; C.7,33,12,4 – «*Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes*» – e C.3,34,13 – «*Sicut usum fructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur, non passus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus adnexae sunt, sed decennio contra praesentes vel viginti annorum spatium contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis differentiis explosis*».

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

produzidos. Ainda assim, como dissemos, não se exorbita do *uti*, por não se tratar da apropriação (e aquisição) de todos os frutos, contrariamente ao que se verificava no usufruto ¹²⁶.

II.2 *A habitatio* como *ius proprium*, diferente do uso de uma casa

Através da constituição imperial de 14 de Setembro do ano 530, Justiniano consagrou a *habitatio* como *ius proprium*, como direito autónomo ¹²⁷, distinto do *usus* de uma *domus* (que se mantém no direito justiniano ¹²⁸) e do respectivo *usus fructus*, como, aliás, se acha claramente afirmado num parágrafo das *Institutiones*.

A referida constituição imperial é do seguinte teor:

C.3,33,13: «*Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decedentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecaimus. 1. Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam. quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat, ut mercedem accipiat? 2. Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito. 3. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum fructum nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legata-*

¹²⁶ Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., pp. 453-456, 462-464 e 466-469, e *Valutazioni quantitative nel regime giustiniano dell'«usus»*, cit., pp. 134-137.

¹²⁷ Cfr. ROTONDI, Giovanni, «*Natura contractus*», in «*Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*», 24 (1911), p. 15 – onde afirma que «Justiniano decide que si trata di una figura autonoma» e que é «la sua statuizione positiva che le attribuisce una struttura giuridica propria, una ‘*natura specialis*’»; GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, «*Domus usus*», cit., p. 183 e nota 29; GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Contribución al estudio del «usus» la «habitatio» y las «operae servorum»*, cit., pp. 115 e 117; JUSTO, António Santos, *Direitos reais. A base romanística dos direitos português e brasileiro*, cit., p. 49; FENOCCHIO, Marco A., «*Habitatio* - «*dominium*»: una tesi sulla natura dell'abitazione ricordata in C. I.3.33.13.pr., in «*A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*» (A cura di Ferdinando Zuccotti e Marco A. Fenocchio), Milano, Ledizioni LediPublishing, 2018, p. 72; e GIL GARCÍA, Maria Olga, *La «locatio conductio» del derecho de «habitatio»*, in «*A Locatio-Conductio. Influência nos direitos atuais: Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano*», Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018, pp. 718-719.

¹²⁸ Para além das referências que lhe são feitas nos textos do Digesto (cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1.), o *usus* de uma *domus* é mencionado ainda no § 2.º do Título 5.º do Livro II das *Institutiones* (I.2,5,2) – «*Item is qui aedium usum habet hactenus iuris habere intellegitur ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: et vix receptum videtur ut hospitem ei recipere liceat et cum uxore sua liberisque suis, item libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi ius habeat, et convenienter, si ad mulierem usus aedium pertineat cum marito habitare ei liceat*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

rius possit ostendere et dominium ei domus esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia oboediendum est. 4. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus modis, quibus habitatio constitui potest»¹²⁹.

No parágrafo com que se inicia a constituição imperial (pr.) diz-se que «antigamente» (o que se refere à época clássica, por ser entre os juristas desse período que existia divergência a respeito da questão nela versada) se duvidava, em primeiro lugar, se, legado o usufruto da habitação, esta era semelhante ao uso, ao usufruto ou a nenhum deles, constituindo a habitação um direito próprio e com natureza especial, e, em segundo lugar, se aquele a quem foi legada a habitação podia dá-la em locação ou reivindicar o domínio para si; e que o imperador, pondo termo ao dissídio entre os autores, elimina com breve resposta toda a dúvida a esse respeito.

No parágrafo 1.º diz-se que se alguém tiver deixado a habitação, pareceu conveniente ao imperador inclinar-se para o parecer mais humano e permitir também ao legatário dá-la em locação e conclui-se com a seguinte interrogação: que diferença existe entre o próprio legatário permanecer nela ou cedê-la a outrem para receber a pensão?

No parágrafo 2.º afirma-se que será assim, com muito mais razão, se tiver sido deixado o usufruto da habitação, quando também pareça ter-se satisfeito uma nímia subtileza, tendo-se acrescentado também o nome do usufruto.

No parágrafo 3.º o imperador diz querer que o direito de habitação valha de tal modo que não supere o de usufruto e que o legatário não espere o domínio da habitação senão no caso em que ele possa demonstrar especialmente, com provas evidentiíssimas, que também lhe foi deixado o domínio da casa, porque então se há-de obedecer, em tudo, à vontade do testador.

E no parágrafo 4.º manda-se que a decisão tomada tenha lugar em todos os casos em que possa estabelecer-se o direito de habitação.

É esta a decisão do imperador recordada nas *Institutiones* e aí mencionada como correspondente ao entendimento de *Marcellus*:

I.2,5,5: «*Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius. quam habitacionem habentibus, propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere sed etiam aliis locare*».

¹²⁹ Sobre a inclusão desta constituição nas *Quinquaginta Decisiones*, vide VARVARO, Mario, *Contributo allo studio delle Quinquaginta Decisiones*, in «Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo», vol. XLVI (2000), pp. 385-386 (com indicação de bibliografia na nota 36); e FENOCCHIO, Marco A., «*Habitatio*» - «*dominium*», cit., pp. 73-74.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

Este parágrafo das *Institutiones* diz que aquele a quem foi legada a *habitatione* (o direito de habitação), ou a favor de quem ela foi constituída de outro modo, não se considera que tenha o uso nem o usufruto, mas, por assim dizer, um direito especial, ao ponto de o imperador ter permitido àqueles que têm o direito de habitação – na lei que promulgou, por causa da sua conveniência e de acordo com a opinião de Marcelo –, não só que possa viver nela, mas também locá-la a outrem.

Saliente-se, porém, que nos parágrafos do Digesto respeitantes à qualificação do legado «da *habitatione*» ou do legado do usufruto de uma casa «*habitandi causa*» – D. 7,8,10pr. e 2 – não se faz qualquer menção a Marcelo. Aliás, parece-nos que nem sequer aludiam a uma divergência entre os jurisconsultos a respeito da qualificação da *habitatione*, em geral, como uso ou como usufruto, porquanto se limitam a aludir à natureza de que se revestiam, em concreto, certos legados que tinham como objecto a habitação (atendendo ao teor das disposições testamentárias a eles respeitantes).

Vejam os teores desses passos (pertencentes a um fragmento extraído de uma obra de *Ulpianus*), quanto a esse aspecto:

– D.7,8,10 pr.: «*Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem [paene] esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum. (...)*»;

– D.7,8,10,2: «*Sed si sic relictus sit: 'illi domus usus fructus habitandi causa', utrum habitationem solam an vero et usum fructum habeat, videndum. Et Proculus et Neratius putant solam habitationem legatam, quod est verum. Plane si dixisset testator 'usum habitandi causa', non dubitaremus, quin valeret*».

No primeiro destes textos punha-se a questão de saber se no caso de ser legada «a habitação»¹³⁰ era como se fosse legado o uso. E Pompónio, no livro aí indicado, devia afirmar (na versão clássica do passo, na qual, certamente, não se encontrava a palavra «*paene*» – a significar «quase»¹³¹) que, pelo que toca ao seu efeito, o legado de uso e o legado da habitação eram, na verdade, o mesmo.

¹³⁰ Traduzimos assim «*Si habitatio legetur*» – e não por «legado de direito de habitação» («legado de derecho de habitación», como se encontra em D'ORS, A./HERNÁNDEZ-TEJERO, F./FUENTESECA, P./GARCÍA-GARRIDO, M./BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, versão castelhana, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968, p. 336) – porque a *habitatione* como direito autónomo apenas surgiu em 530 e, por isso, Ulpiano não podia estar a referir-se a ele.

¹³¹ No sentido de que o termo «*paene*» (ou «*pene*») foi acrescentado por Triboniano (em virtude da alteração introduzida pela constituição imperial conservada em C.3,33,13) pronunciou-se expressamente WISSENBACHIUS (1607-1665). Cfr. WISSENBACHIUS, Johannes. Jacobus, *Emblemata Triboniani, sive leges Pandectarum, et Codicis, a Triboniano interpolatae, et ad novi juris rationem inflexae*, Franekarae, Typis Idzardi Alberti, 1692, p. 32 [«*Particulam pene, Tribonianus addidit ex l. cum antiquitas. 13. C. de usufr. ubi Justinianus jus locandi concessit ei cui habitatio legata est; quod secus fuisse olim Ulpianus non obscure indicat (...)*»]. No entanto, DONELLUS, a propósito do significado de *habitatione* antes de Justiniano, já afirmava que

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

O segundo diz que era preciso ver se no legado deixado com a fórmula «*illi domus usus fructus habitandi causa*» –«àquele o usufruto da casa para a habitar»– o legatário tinha só «a habitação» ou lhe cabia, antes, o usufruto. E refere que *Proculus*¹³² e *Neratius* eram de opinião de que apenas foi legada «a habitação», o que *Ulpianus* diz ser verdadeiro. A terminar, esclarece este jurista clássico que se o testador tivesse dito «*usum habitandi causa*» –isto é, «o uso (da casa) para habitar»–, não haveria dúvidas de que valeria (e seria, evidentemente, *usus*)¹³³.

Do que se tratava, pois, era de interpretar a disposição testamentária primeiramente indicada, que se traduzia na deixa do usufruto de uma casa «*habitandi causa*» (e não na deixa da *habitatione*, porque esta não tinha existência autónoma), a fim de apurar se o legatário teria, realmente, o direito de usufruto sobre a casa (com a possibilidade de a dar em locação – que se acha prevista,

nessa palavra não estava contido senão o «uso da casa», de tal maneira que «o efeito do uso da casa e da habitação era o mesmo» (e não «quase o mesmo»), citando este parágrafo (o que mostra que considerava «*paene*» fruto de alteração justinianeia) e D.7,1,32 [«(...) *Et de habitatione obtinuerat ante Justinianum plurimum sententia, habitatione alicui relicta aut constituta, eo verbo nihil nisi usum aedium contineri: ut effectum idem esset usus aedium et habitatio. L. si quis unas, 32. de usufr. L. si habitatio, D. de us. et habit. (...)*»]. Cfr: DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in *Opera Omnia*, Tomo III, cit., *Lib. X*, Cap. I, n.º V, col. 4.

E parece-nos que a interpolação não suscita dúvidas, uma vez que só com a autonomização da *habitatione*, em 530, esta passou a ser diferente do *usus* de uma *domus*, na medida em que o legatário podia dar em locação a casa objecto desse direito e o usuário não. Além de que na parte final de D.7,1,32 (fragmento proveniente de uma obra de Pompónio) se diz que «com a reserva da habitação», feita na *mancipatio* (ou *in iure cessio*) «se considera reservado o uso» – «(...) *Et habitationis exceptione, sive temporali sive usque ad mortem eius qui excepit, usus videtur exceptus*». A respeito da parte inicial deste fragmento, *vide, supra*, n.º 1.2.1.

Que esta parte do passo contido em D.7,8,10pr. terá sido sujeita a reelaboração, pelos compiladores justinianeus (por causa da constituição imperial conservada em C.3,33,13), *vide*, por ex., PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. X. Le servitù personali affini all'usufrutto*, cit., p. 174 (para quem «*paene*» constitui uma interpolação); GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 497-499 (que, além de reputar «*paene*» interpolado, considera igualmente provável a interpolação de «*effectu quidem*»); e SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatione*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 72, nota 105 (cuja posição apenas difere da anterior por considerar como provável a alteração de «*effectu*» e não de «*effectu quidem*»).

¹³² Na edição do Digesto que usamos – MOMMSEN, Theodorus/KRUEGER, Paulus (ed.), «*Corpus Iuris Civilis*», vol. I – «*Institutiones*». «*Digesta*», 18.ª ed., Berolini, 1965 –, porque noutras aparece *Priscus*, ou seja, *Iavolenus* – sendo assim, até, em exemplares muito antigos do Digesto Velho, como sucede num que tivemos oportunidade de consultar. Cfr: ACCURSIUS, Franciscus 'Senior', *Corpus Iuris Civilis. Digestum vetus*, Perugia, 1476 (disponível em <https://www.digitale-sammlungen.de>), *Lib. VII, De usu et habitatione, l. Si habitatio*.

¹³³ Não obstante já ter sido sustentado que a contraposição da «*habitatione*» (em vez de «*usus*») a «*usus fructus*» resulta da interpolação (o texto original conteria «*usus*», em vez de «*habitatione*») – *cfr.*, por ex., PAMPALONI, Muzio, *Questioni di diritto giustiniano. X. Le servitù personali affini all'usufrutto*, cit., p. 175, e SCAPINI, Nevio, «*Usus domus*» e «*habitatione*» nel *Diritto Romano*, cit., p. 72, nota 105 –, parece-nos não ser necessário admitir a intervenção compilatória (ou pós-clássica) para se compreender o alcance do passo no âmbito do direito clássico: basta que não se veja na *habitatione* que se diz caber ao legatário um autónomo *ius in re aliena* (que não existia nesse direito), mas o uso da casa (como dizemos em texto), uma vez que o *uti* de uma casa era exercido mediante a sua habitação.

Creemos ser este o entendimento de GROSSO – *cfr.* GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 499, nota 1 (ainda que em texto aluda à probabilidade de ela se dever a «mão mais tardia», na linha de PAMPALONI, que cita).

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

nomeadamente, em D.7,1,12,2¹³⁴) ou apenas teria a habitação (isto é, o simples uso da casa, sem a poder locar¹³⁵)¹³⁶; e tanto Próculo como Nerácio consideravam legada somente a habitação, atendendo à finalidade visada pelo testador (cujas *voluntas* devia ser respeitada), que era a de conceder a habitação da casa ao legatário (e não o usufruto, apesar de a disposição testamentária se referir ao «usufruto da casa») o que merecia a concordância de Ulpiano. A parte final diz algo que devia ser óbvio para os juristas clássicos: se fosse deixado ao legatário o «uso da casa para a habitar» não subsistiriam dúvidas, nem quanto à validade do legado, nem quanto aos seus efeitos; só não seria assim, porventura, no direito justiniano, por força da alteração introduzida pela constituição imperial de 530 acima referida.

Retomando a referência ao direito de habitação criado por Justiniano, podemos afirmar que a sua especialidade relativamente ao uso residia, precisamente, em que o *habitor* podia dar a casa em locação (o que, como vimos, estava vedado ao usuário). Mas também não se tratava de usufruto, apesar de o *habitor*, locando a casa, fazer suas as *pensiones* (que eram consideradas frutos¹³⁷), posto que o usufrutuário (como também vimos), além de poder locar a casa, podia ceder o seu uso de qualquer outro modo (por exemplo, mediante comodato) e, inclusivamente, transferir o seu direito para outrem, o que a constituição imperial de Justiniano não consentia ao *habitor*.

II.3 Outras alterações

II.3.1 A POSSIBILIDADE DE LOCAÇÃO DAS PARTES DA CASA NÃO USADAS

D.7,8,4pr.: «*ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitet, non erit ei invidendum: [quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?] Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni*».

¹³⁴ D.7,1,12,2 – «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel (...) locare (...) potest: nam et qui locat utitur, (...)*». Cfr., também, por ex., D.7,1,13,8 – «*Item si domus usus fructus legatus sit, (...) locare potest, sed oportebit quasi domum locare (...)*» –, D.7,1,27,1 – «*(...) utique permittetur fructuario locare eas (...)*» – e D.19,2,9,1 – «*(...) si fructuarius locaverit fundum in quinquennium (...)*».

¹³⁵ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e n.º 1.4.

¹³⁶ No sentido de que aí se tratava de uma «questão de interpretação» (ainda que sem qualquer explicação ulterior sobre ela), vide GROSSO, Giuseppe, *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, cit., p. 499.

¹³⁷ Cfr. D.22,1,36 – «*Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Deste parágrafo, apenas nos interessa, para o direito justinianeu, a parte que, em forma interrogativa («*quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?*»), parece pressupor –porquanto antecedida de uma referência ao pagamento de uma pensão– que o usuário podia locar a parte da casa espaçosa que ele próprio não habitasse (com a sua família, os seus hóspedes e os seus libertos), por não necessitar de toda ela. Exigia-se, porém, que o usuário continuasse a habitar nela.

Deve tratar-se, como dissemos, de uma interpolação justinianeia, determinada pela alteração que havia sido introduzida pela constituição imperial contida em C.3,33,13, acima analisada¹³⁸.

II.3.2 O NOVO LIMITE NEGATIVO AO DIREITO DE USO DE UMA CASA

A propósito do direito clássico, tivemos oportunidade de analisar D.7,8,8pr., que, considerando a sua interpolação, consagra um «limite geral negativo» ao direito de uso de uma casa diverso daquele que resulta da sua versão compilatória, que recordamos:

D.7,8,8pr.: «*Sed neque locabunt [seorsum] neque concedent habitationem [sine se] nec vendent usum*».

Nesta versão, o parágrafo estabelece o seguinte limite (negativo) ao direito de uso: os usuários não podem locar nem conceder a habitação sem habitarem eles próprios a casa, e não podem vender o uso. O que vale por dizer que se admitia a locação da casa ou a concessão, por outro modo, da habitação a outrem contanto que nela mantivessem a sua habitação (embora continuassem sem ter a faculdade de vender o seu uso), diferente do que decorre desse passo (sem a interpolação assinalada) para o direito clássico, segundo o qual, além de não poder vender o uso da casa, o usuário não podia locar a casa nem conceder a sua habitação por qualquer outro meio.

Também neste caso, a razão pela qual foi introduzida a modificação mencionada parece residir na alteração introduzida por Justiniano, quanto à *habitatione*, através da constituição imperial contida em C.3,33,13¹³⁹.

¹³⁸ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e n.º 2.2.

¹³⁹ Cfr. *supra*, n.º 2.2.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

III. AS CRÍTICAS DA DOCTRINA À CONFIGURAÇÃO JUSTINIANEIA DA *HABITATIO*, A PARTIR DO SÉCULO XVI, E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A decisão legislativa de Justiniano que conhecemos através de C.3,33,13 foi severamente criticada por Connanus (1508-1551).

Este notável jurisconsulto humanista começa por mencionar o que Justiniano estabeleceu nessa constituição imperial: se for concedida a *habitatio* ou o *ususfructus habitationis* «seja julgado concedido o usufruto»¹⁴⁰, a fim de que também possa ser locada a *habitatio*. Seguidamente, afirma que Justiniano, com essa constituição, age verdadeiramente como príncipe, porque impõe a sua vontade em vez da razão (recordando, certamente, o princípio contido em D.1,4,1pr. e em I.1,2,6¹⁴¹); e sustenta que, de facto, o que o imperador diz acerca de se ter duvidado a este respeito, na antiguidade, mostra ter sido enganado por aquilo que se acha escrito no passo de *Ulpianus* contido em D.7,8,10,2 (que o A. analisara antes e de que nos ocupámos acima). Mais afirma que (o imperador) também não se detém na razão pela qual é devido o usufruto da habitação legada, de tal modo que também possa ser locada a outrem e vendida.

Em face disso, o A. procura reconstituir o modo como se terá raciocinado (esclarecendo que não terá sido o próprio Justiniano, mas os membros do seu conselho), que terá sido o seguinte: todo o fruto da casa provém unicamente da habitação e, por conseguinte, é justo pensar que aquele que tiver dado habitação julgasse ter dado o usufruto. Ao que o A. contrapõe, no entanto, que «aqueles nossos antigos jurisconsultos» (expressão com que alude aos juristas romanos clássicos), muito mais recta e doutamente, estabeleceram que ao usufrutuário, mantendo íntegra a *res*, era permitido obter as maiores vantagens que pudesse, por si ou por outrem, ao ponto de poder vender ou locar, se quisesse. Mas na habitação e no uso de outra *res* quiseram que ao usuário não fosse permitido aliená-la, mas, antes, que fosse usada pelo próprio. Não pode, assim, ser julgado de outro modo senão que aquele que legava a habitação quisesse que o próprio legatário habitasse na casa juntamente com a sua família, e não também que a locasse toda a inquilinos e estranhos.

¹⁴⁰ Em bom rigor, como vimos, não foi isso que Justiniano determinou, mas a autonomização da *habitatio*, tanto em face do *usus* como do *ususfructus*. Mas, a faculdade de locar a casa, por ele reconhecida àquele a quem fosse concedida a *habitatio*, cabia igualmente ao usufrutuário, tendo havido, quanto a esse aspecto, uma equiparação do titular do direito de habitação a este. *Cfr.*, em especial, D.7,1,12,2 – «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare (...) potest: nam et qui locat utitur, (...)*».

¹⁴¹ D.1,4,1pr. – «*Quod principi placuit, legis habet vigorem: (...)*»; I.1,2,6 – «*Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, (...)*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

O A. manifesta, ainda, a sua convicção de que, no momento em que escrevia e no seu país (a França), se fosse legada a alguém a habitação enquanto o legatário vivesse (ou seja, com carácter vitalício), os juízes não admitiriam que ela fosse locada a outrem, principalmente porque costumavam empregar-se as palavras «*lego illi suam habitationem in ea domo*». E o mesmo também se estimava se fosse deste modo: «*lego illi habitationem eius domus*».

A terminar, o A. afirma não acreditar que houvesse alguém ou um erudito modesto que não se afastasse de bom grado da constituição de Justiniano, para abraçar a sentença dos antigos jurisconsultos¹⁴².

Este entendimento de Connanus foi referido numa obra de Ioannis del Castillo Sotomayor (1563-1640). Este conhecido jurisconsulto espanhol, pronunciando-se sobre a mencionada recusa, por parte dos juizes, da possibilidade de o legatário da *habitatio* de uma casa a locar a outrem, sustenta que isso não poderia ser observado em Espanha, «mesmo admitindo que, do ponto de vista jurídico, a opinião de Connanus fosse verdadeira» (o que diz não afirmar nesse momento), porque a lei 27 do título 31 da Partida 3 (das *Siete Partidas*) confirma expressamente a decisão contida na constituição imperial de Justiniano (a lei «*Cum antiquitas*»), ao estatuir o seguinte: «*E puede morar en ella este a quien otorgaron la morada con la compannia que tuviere, e aum si la quisie-re arrendar, o alogar puedelo facer*»¹⁴³.

¹⁴² Cfr. CONNANUS, FRANCISCUS, *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Liber III, Cap. V, pp. 238/v.º – «(...) *Sed postea Iustinianus. l. Cum antiquitas de usufr. sanxit, ut si concedatur habitatio, vel habitationis usufr. concessus censeatur usufr. ut etiam habitatio locari possit. In qua constitutione vere principem agit Iustinianus, qui suam voluntatem pro ratione esse iubet. Nam quod dicit, antiquitatem ea de re dubitasse, falsum esse apparet ex iis quae modo ex Ulpiano dicebamus. Et item iure non subsistit, ut habitatione legata usufr. debeatur, ut etiam locari alii, & vendi possit: sed sic credo ratiocinatus est: (non ille quidem, fuit enim omnium literarum expert, sed qui illi erant a consilio.) Omnis fructus domus ex sola habitatione venit, aequum est igitur ut qui habitationem dederit, fructum dedisse existimetur. at nostri illi antiqui iurisconsulti, quanto rectius doctiusque, quum quod ad omnem redditum qui salva rei substantia percipi potest, viderent eum qui concessisset fructum, respexisse, statuerunt ut fructuario liceret quantas maximas posset, modo re integra, commoditates capere, aut per se, aut per alium, adeo ut venderet, locaretve si vellet: in habitatione autem, & usu, quoniam habita ratio videretur personae eius cui relinquuntur, voluerunt ut usuario non liceret ea alienare, sed ipse potius uteretur. Non enim aliud iudicari potest, quam eum qui habitationem legavit, voluisse ut ipse legatarius una cum suis habitaret: non ut etiam totam locaret inquilinis, & extraneis. Nec dubito quin hodie apud nos si legaretur alicui alicuius domus habitatio quoad viveret, non concessuros iudices ut aliis eam locaret, praesertim quum his verbis soleamus uti, lego illi suam habitationem in ea domo. Idem tamen existimarem si hoc modo: lego illi habitationem eius domus. neque arbitror esse quenquam vel mediocriter eruditum, qui non a constitutione Iustiniani libenter recedat, ut antiquorum iurisconsultorum sententiam amplectetur. (...)».*

¹⁴³ Cfr. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, IOHANNIS, *Tractatus de usufructu, in quo tam theorice, quam practice universa eiusdem Materia, Quaestiones & Dubia traduntur, enucleantur & resolvuntur*, Francoforti, Ex Officina Typographica Wolfgangi Richter, 1604, Cap. XXVIII, pp. 329-330 – «(...) *Franciscum Connanum improbantem decisionem Iustiniani in dicta l. cum antiquitas, Cod. de usufructu, vel nimia subtilitate, aut non levi temeritae arguendum. Is enim Commentariorum Iuris civilis, lib.4. cap.5. num.6. fol.241. adeo ausus est, Iustiniani decisionem notare, & argumentationibus quibusdam impugna-*

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

Saliente-se, porém, que Ioannis del Castillo Sotomayor retoma mais adiante a análise da possibilidade, contida na mencionada lei de Justiniano, de aquele a quem foi deixada a habitação a locar a outrem. Depois de dizer que Balduinus (1520-1573), Hotomannus (1524-1590) e Connanus se admiram com essa estatuição e a censuram (o que quanto aos dois primeiros não parece exacto¹⁴⁴) e de indicar os motivos pelos quais eles entendiam que quem tinha o direito de habitação só podia habitar a casa e não também locá-la a outrem, sustenta que os citados AA. refutam «injusta e temerariamente a constituição do imperador»: primeiro, por não ser certo, segundo o direito contido no Digesto, que não pudesse ser locada a habitação (por representar uma resposta à crítica de Connanus); e, depois, porque Justiniano, para fazer a referida lei e nela estabelecer que a habitação podia ser locada «ponderou muito e não se deixou conduzir ligeiramente, antes foi obrigado a fazer cumprir o direito estrito e a decidir assim movido por boas razões» (que o A. reconduz à existência de controvérsia, a esse respeito, entre os jurisconsultos e à necessidade de lhe

re, ut non dubitaverit asserere nullum esse vel mediocriter eruditum, qui non libenter ab illa constitutione recedat. Inferens deinde, quod si hodie apud nos legaretur alicui alicuius domus habitatio, non concessurus iudices, ut aliis eam locaret, quod tamen in hisce regnis observari non posset, dato, quod in puncto iuris vera esset Connani opinio, quod nunc non firmo, id potius consulto praetermittere volui, propterea, quod l.27. tit.31. partit.3. expressim confirmatur decisio d.l.cum antiquita, ibi. E puede morar en ella este a quien otorgaron la morada con la compannia que tuviere, e aum si la quisiere arrendar, o alogar puedelo facer. (...)».

Sublinhe-se que a versão contida na edição de *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, co-tejadas com vários códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, Tomo II, Partida segunda e terceira, Madrid, en la Imprenta Real, 1807, apresenta algumas diferenças em relação à (anterior) citada por este jurisconsulto. Na parte que aqui está em causa, a redacção é a seguinte: «(...) *et puede morar en ella este à quien otorgaron la morada con la compañía que hobiere. Et aun si la quisiere arrendar ó logar, puédelo facer para homes et para mugeres que fagan hi bona vecindat: (...)*» (p.769).

¹⁴⁴ Com efeito, na obra citada por CASTILLO SOTOMAYOR, BALDUINUS – embora diga, a propósito de I.2,5,5, que Justiniano não menciona Marcelo na referida constituição imperial (o que é manifesto) e que a *sententia* desse jurista também não aparece no Digesto – conclui que «[s]ubsiste ainda agora esta decisão de Justiniano» (contida na *lex Cum antiquitas*), segundo a qual, «se for dada a habitação ao legatário, também lhe é concedida a faculdade de locação», como se estabelece em C.3,33,13,1 [*«Extat haec adhuc Iustiniani decisio: quae ait, ad humaniorem inclinare sententiam, si habitationis legatário detur etiam locationis licentia»*]. Cfr. BALDUINUS, Franciscus, *In libros quatuor Institutionum Iuris Civilis commentarii*, Fancofurti ad Moenum, Apud Christophorum Corvinum, 1582, Lib. II, Tit. V, § *Sed si cui habitatio*, p. 204.

E HOTOMANNUS, por sua vez, igualmente ao analisar I.2,5,5, afirma que «[a] habitação pode ser locada a outrem, segundo a constituição de Justiniano» que identifica; e acrescenta que se deve entender que «depois da constituição de Justiniano deixou de haver lugar para a sentença de Ulpiano, que, na lei *si habitatio* do Digesto, escrevera ser o mesmo o efeito do uso de uma casa e da habitação» [*«Habitatio locari alteri per Iustiniani constitutionem potest. L. cum antiquitas. 13. C. eod. Ex quo intelligi debet, post Iustiniani constitutionem locum Ulpiani sententiae non fuisse, qui in d. l. si habitatio, scripserat usum aedium & habitationem effectu eadem esse»*]. Cfr. Hotomani, Franciscus, *Commentarius in quatuor libros Institutionum Iuris civilis*, Basileae, Apud Ioanem Heruagium, Lib. II, Tit. V, § *Sed si cui habitatio*, *Enuntiatio* II, p. 158.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

pôr termo). Em suma, Ioannis del Castillo Sotomayor aplaude a decisão de Justiniano, distanciando-se da opinião de Connanus¹⁴⁵.

Tanto quanto nos foi possível indagar, a doutrina defendida por Connanus¹⁴⁶, enquanto tal, não encontrou eco nas obras dos jurisconsultos seus contemporâneos e vindouros, que, quanto às fontes do *Ius Romanum*, continuaram a aceitar a existência do direito de habitação tal como foi configurado por Justiniano¹⁴⁷. Com uma única, mas determinante, exceção: Robert-Joseph Pothier¹⁴⁸.

Tomando ou não em consideração o que Connanus escreveu a respeito da *habitatio* disciplinada na referida constituição imperial de Justiniano, a verda-

¹⁴⁵ Cfr. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, Iohannis, *Tractatus de usufructu*, cit., Cap. LXXIII, pp. 762-763.

Numa outra obra, respondendo à crítica que lhe fora feita por HIERONYMUS ZEVALLOS (ou Caevallus), CASTILLO SOTOMAYOR, depois de reafirmar que tinha censurado CONNANUS por ele haver condenado expressamente a decisão de Justiniano contida em C.3,33,13 (confirmada e seguida pela lei 27. Título 31. Partida 3.), acrescenta (em castelhano) que «*con su subtileza y ingenio quiso Connano deshazer la decision de un texto expreso (que no puede sufrir justamente) y consiguiientemente la quiere deshazer, y la ley de la partida tambien, quien me nota, y calumnia desto (...)*». Cfr., DEL CASTILLO SOTOMAYOR, Iohannis, *Quotidianarum Controversiarum Iuris, Liber Tertius*, Matriti, Apud Alphõnsum Martin de Balboa, 1611, Cap. XX, p. 327.

¹⁴⁶ O séc. XVI ficou marcado, em França, pela codificação do direito costumeiro (no Norte, a maior parte dos costumes foi redigida na primeira metade desse século, enquanto na segunda metade se procedeu à sua reforma, nomeadamente à do costume de Paris, que se tornou uma referência no Norte e no Centro); em alguns casos, essa codificação consagrou o direito de habitação. Contudo, não dispomos de elementos que nos permitam sustentar que CONNANUS tenha tido em vista a compatibilização do direito romano clássico com os princípios próprios do direito costumeiro francês, nem que, inversamente, aquela concepção da habitação tenha sido acolhida em tal direito através da obra desse jurisconsulto.

No sentido de que a «tradição autóctone francesa» do direito romano ensinado nas Universidades «nunca foi intelectualmente negligenciável» e de que «o triunfo do *mos gallicus* reforçou o prestígio dos doutores franceses ou naturalizados» que o estudaram e sobre ele publicaram obras (com expressa referência à publicação por Barthélemy Faye, em 1553, da 1.ª edição dos *Commentaria juris civilis* de François Connan, «um discípulo de Alciato cuja obra se tornou o manifesto dos novos romanistas»), motivo pelo qual o direito romano se achou «apanhado numa vasta iniciativa de nacionalização e entrava numa espécie de compatibilidade intelectual com os princípios próprios do direito francês, mesmo que costumeiro», vide DESCIMON, Robert, *Quelques réflexions à propos des commissaires du roi dans la rédaction et la réformation des coutumes au XVIe siècle*, in «Cahiers du Centre de Recherches Historiques», 26 (2001), disponível em <http://ccrh.revues.org/1393> (acesso em 27-03-2019), p. 4.

¹⁴⁷ Cfr., por ex., D'ESPEISSES, Antoine, *Des Accidens des Contracts; scavoir des Servitudes, des Cautions, des Hypotheques, & de la Conjonction des Contractans*, in *Les Oeuvres de M. Antoine D'Espeisses*, Tomo I, Lyon, Chez les Freres Huguetan, 1685, pp. 355-356; DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, 2.ª ed., Tomo I, Paris, Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, 1695, p. 390; VINNIUS, Arnoldus, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., p. 222; VOET, Johannes, *Commentariorum in Pandectas*, cit., p. 175; HEINECCIUS, Johann Gottlieb, *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Pandectarum*, cit., § 430., pp. 234-235, e *Recitationes in Elementa Juris Civilis*, cit., p. 296; WESENBECIUS, Matheus, *Commentaria in Pandectas Iuris Civilis, & Codicis Iustiniani libros olim Paratitla dicta, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Kinchium*, 1649, *Digesta, Lib. VII, Tit. VIII, De usu et habitatione*, p. 228; e SALA, Johannes, *Institutiones Romano-Hispaniae*, cit., p. 316.

¹⁴⁸ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Appendice au Traité du Douaire – Du droit d'habitation*, in *Traité sur diferentes matieres de Droit Civil, appliquées a l'usage du barreau et de Jurisprudence française*, Tomo IV, Paris, Chez Debure l'Ainé/Orléans, Chez J. M. Rouzeau-Montaut, 1781, pp.185-199.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

de é que Pothier, ao ocupar-se *ex professo* do direito de habitação que alguns costumes concediam às viúvas, o «*droit d'habitation coutumiere*» (do qual distingue a «*habitation conventionnelle*»), em particular da questão de saber «se a viúva tem direito de locar em seu proveito a casa que o costume lhe concede, quando ela não a quer ocupar por si mesma», quanto à hipótese de a mulher ter a habitação de toda a casa (que aqui nos interessa), acaba por convocar a lei imperial de Justiniano conservada em C.3,33,13.

Na verdade, ao apresentar as razões que podem justificar a resposta afirmativa àquela questão, Pothier diz, por um lado, que, sendo indiferente para o herdeiro do marido proprietário da casa na qual a mulher tem direito de habitação que ela seja ocupada pela própria mulher (viúva) ou por um locatário, ele não tem interesse em impedir a mulher de dar essa casa em locação; e, por outro, que Justiniano, pela aludida constituição, «permite expressamente àqueles que têm um direito de habitação que dêem em locação a casa sujeita a esse direito, sem serem obrigados a habitar nela eles próprios».

O que é particularmente importante é o que se segue, como argumentação tendente a sustentar a resposta negativa. Pothier afirma ser possível dizer que «Justiniano, ao permitir àquele que tem um direito de habitação que dê em locação a casa toda, permanecendo noutro lugar, confundiu as noções naturais que nós temos dos diferentes direitos de servidões pessoais», o que esclarece de imediato, dizendo que: de todos os direitos, só o de usufruto «compreende não só o direito de usar, quer dizer, o direito de se servir, mas ainda o de gozar dela, *jus utendi fruendi*, isto é, de perceber toda a sua utilidade e todos os seus rendimentos», por ser isso que «contém este *jus fruendi*»; e que «os outros direitos de servidões pessoais não são senão um simples direito de usar da coisa para uma certa finalidade. Por isso, acrescenta que o «direito de habitação não é mais do que o direito que aquele a quem pertence tem de usar e de se servir da casa, para a habitar com a sua família. Justiniano, ao conceder o direito de dar em locação a casa toda, sem ele próprio aí continuar, confunde esta servidão com o usufruto: ele dá-lhe o direito de gozar, que apenas cabe ao usufrutuário», uma vez que «o poder de vender e de locar o uso de uma coisa a outrem, sem se servir dela ele próprio, é aquilo em que consiste o gozo de uma coisa». E acrescenta que «[n]as nossas províncias que não são regidas pelo direito escrito e nas quais nós não tomamos das leis romanas senão o que nos parece conforme à razão, podemos abandonar a decisão de Justiniano sobre o direito de habitação e ater-nos ao antigo direito que se observava antes dele, como mais conforme às noções naturais das coisas, o qual não permitia àquele que apenas tinha um direito de habitação que desse em locação a casa toda, permanecendo noutro lugar, mas que apenas permitia, como por graça,

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

quando ele habitasse a casa com a família, ter consigo um estranho para ocupar o que ele tivesse em excesso e retirar daí uma renda». Em conclusão, defendia que se deveria limitar a isso a habitação da mulher, uma vez que «essa habitação numa das casas do marido parecia ter-lhe sido concedida para conservar a memória do seu marido, mais do que para dela retirar proveito».

A terminar, Pothier responde ainda à outra objecção acima mencionada: quando a mulher abandona o direito que tem de habitar a casa, indo morar para outra, o proprietário daquela tem o interesse de retomar o gozo da mesma, com base na falta de uso do seu direito pela mulher e de impedir que ela, locando a casa, se atribua um gozo de tal casa que não lhe pertence ¹⁴⁹.

Sabendo nós quanto as obras de Pothier inspiraram as normas do Código Civil francês – ao ponto de ser considerado por alguns como «pai do *Code civil*» (embora outros atribuam essa condição, nomeadamente, a Portalis) –, parece estar encontrada a origem próxima da solução consagrada no artigo 634. desse código: «*Le droit d’habitation ne peut être ni cédé ni loué*» ¹⁵⁰. Todavia, como ele próprio refere, trata-se da solução que remonta ao direito romano anterior a Justiniano, mais concretamente, como tivemos oportunidade de comprovar, ao direito romano clássico.

Nos trabalhos preparatórios do *Code* foram, aliás, reconhecidas as bases romanas da disciplina do usufruto, do uso e da habitação. Assim, o conselheiro de estado Galli afirma, na Exposição dos motivos da lei relativa a esses direitos: «(...) il est consolant pour moi de penser que si ce nouveau Code est le fruit de profondes méditations, il fut sur-tout puisé dans les sources des lois romaines» ¹⁵¹. E o tribuno Gary, no discurso de apresentação do projecto de lei sobre esses direitos perante o *Corps Législatif*, em 30-01-1804, insistia na mesma ideia: «(...) Dans ce project comme dans ceux qui vont être successivement présentés à votre

¹⁴⁹ Cfr. POTHIER, Robert-Joseph, *Appendice au Traité du Douaire – Du droit d’habitation*, cit., em especial Article IV, n.º 18, pp. 190-191. A terminar esse número, POTHIER refere-se também ao caso de o direito de habitação da mulher (viúva) se achar confinado a um apartamento da única casa pertencente à herança deixada pelo marido, dizendo não suscitar dificuldade que ela não pode locar nem ceder a outrem esse apartamento: o herdeiro do marido, que permanece na casa, tem interesse em que ela não ponha no seu lugar, nesse apartamento, locatários cuja vizinhança poderia não lhe convir.

¹⁵⁰ Sobre a filiação do disposto no art. 634. do *Code* naquilo que POTHIER defendia no lugar indicado na nota anterior vide, por ex., FENET, P. A., *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code Civil, mis en ordre sous chacun des articles de ce Code, ou les législations ancienne et nouvelle comparées*, Paris, Chez L’Auteur, 1826, p. 164.

¹⁵¹ Cfr. GALLI, *Exposé des motifs de la loi relative à l’Usufruit, à l’Usage, et à l’Habitation*, in *Code Napoléon, suivi de l’exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les Orateurs du Gouvernement; h– des rapports faits au tribunal au nom de la Commission de Législation; – des opinions émises dans le cours de la discussion; – des discours prononcés au corps législatif par les Orateurs du Tribunal; – et d’une Table analytique et raisonnée des matières tant du Code que des discours*, Tomo IV, Paris, Chez Firmin Didot, 1808, n.º 46, p. 86.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

approbation, vous remarquerez avec satisfaction le soin religieux avec lequel tous ceux qui ont concouru à la rédaction du Code ont consulté la législation de ce peuple qui, après avoir asservi la terre entière par la force de ces armes, la gouverne encore par la supériorité et la profondeur de sa raison» (referindo-se, como é evidente, à consulta das fontes do direito romano)¹⁵².

IV. ASPECTOS DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS REAIS DE USO E DE HABITAÇÃO CONSAGRADO NOS CÓDIGOS CIVIS ESPANHOL E PORTUGUÊS QUE TÊM AS SUAS RAÍZES NO DIREITO ROMANO

IV.1 Código Civil espanhol

O Código Civil espanhol disciplina o uso e habitação no capítulo II («Del uso y de la habitación») do Título VI («*Del usufructo, del uso y de la habitación*») do Livro II («*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*»), *artículos* 523. a 529.; o art. 528. e a primeira parte do art. 529. consagram, porém, remissões para as normas aplicáveis ao usufruto. Noutras partes do Código encontramos ainda diversas disposições respeitantes ao direito de uso e habitação (ou só ao direito de habitação), nomeadamente: o 2.º parágrafo do art. 793., que admite a possibilidade (entre outras) de se legar a qualquer pessoa o «uso o habitación (...) por el tiempo que permanezca soltero o viudo»¹⁵³; o art. 822., que contém disposições respeitantes a doações ou a legados do direito de habitação a favor de certos herdeiros legitimários, consagrando inclusivamente (no segundo parágrafo) um legado legal do «derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella»¹⁵⁴; o art. 868., que impõe ao legatário o dever de respeitar o «uso y habitación»

¹⁵² Cfr. *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le tribun Gary* (30 janvier 1804), in FENET, P. A., «Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil», Tomo II, Paris, Videcoq, 1836, pp. 242-243.

¹⁵³ Art. 793. – «*La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste.*

Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo».

¹⁵⁴ Art. 822. «*La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

(assim como o usufruto) até que se extingam, quando a coisa legada a esses esteja sujeita¹⁵⁵; e os arts. 1406., n.ºs 3 e 4, e 1407., de cuja conjugação se retira a possibilidade de, terminando a «sociedad de gananciales», um dos cônjuges pedir que se constitua a seu favor um «derecho de uso o habitación» sobre o «local donde hubiese venido ejerciendo su profesión» ou, em caso de dissolução por morte do outro cônjuge, sobre a «vivienda donde tuviese la residencia habitual» (em alternativa à atribuição dos bens em propriedade)¹⁵⁶.

Deixando de parte estas disposições dispersas, porque pressupõem os direitos de uso e de habitação com o regime que resulta dos arts. 523. a 529., atentemos nos aspectos deste regime que têm a sua matriz no direito romano.

A título preliminar, saliente-se que o Código Civil espanhol, tal como o direito romano (e as *Siete Partidas*, nele inspiradas) e o próprio *Code Civil*, não fornece os conceitos de uso e de habitação, deixando-se, assim, a sua formulação para a doutrina (ainda que o art. 524. contenha importantes elementos para esse efeito)¹⁵⁷.

Relativamente ao regime jurídico, desde logo, por força do estatuído pelo art. 528, que manda aplicar as «disposiciones establecidas para el usufructo (...) a los derechos de uso y habitación», em tudo o que não contrarie o estabelecido no capítulo respeitante a estes direitos, uma vez que não existe o Código Civil espanhol norma que mencione directamente os modos de constituição dos direitos de uso e de habitação, estes são os estabelecidos para o

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legatario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

¹⁵⁵ Art. 868. – «Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan».

¹⁵⁶ Art. 1406. – «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

(...)

3.º *El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*

4.º *En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual».*

Art. 1407. – «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero».

¹⁵⁷ Isso mesmo era salientado (a respeito do *Proyecto de Código de 1851*) por GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 415.

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

usufruto, no art. 468.¹⁵⁸; e a primeira parte do art. 529. determina que «[l]os derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo» (embora, nos termos da segunda parte, se extinguem igualmente «por abuso grave de la cosa y de la habitación»)¹⁵⁹. A solução consagrada pelo Código Civil espanhol é assim a mesma que já o direito romano clássico estabelecia, tanto para o uso de casas (*i.e.*, habitação) como para o de outras coisas (*fundis*, escravos, animais, etc.): os seus modos de constituição e as causas da sua extinção eram já os que se achavam previstos para o usufruto (D.7,1,3,3, D.7,8,1,1, *in fine*, e I.2,5pr.¹⁶⁰). E até o elenco das causas de extinção do art. 513. pouco diverge do que resulta das fontes do direito romano¹⁶¹.

Passemos ao art. 524. (uma vez que o art. 523.¹⁶² se baseia no Código Civil francês e nos que, entretanto, o seguiram¹⁶³), no qual se estabelece (no primeiro parágrafo) que o uso confere «o direito de perceber dos frutos da coisa alheia os que sejam suficientes para as necessidades do usuário e da sua família, mesmo que esta aumente» e (no segundo parágrafo) que «[l]a habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia»¹⁶⁴. Estes preceitos têm a sua origem remota no direito romano clássico, que não autonomizava o direito de habitação, consistindo esta no uso de uma casa (embora tenha sido recebida directamente do *Code Civil* e de outros códigos por ele influenciados): em D.7,8,12,1 (no qual se acha contida uma ampliação do conteúdo do *usus* de um *fundus* que nos parece ser de atribuir aos compiladores justinianeus¹⁶⁵) e nas fontes que mencionavam as pessoas que podiam habitar a casa com o usuário, com destaque para as da sua família – em especial, D.7,8,2,1, D.7,8,4,1, D.7,8,5, D.7,8,6, D.7,8,10pr., D.7,8,10,4, I.2,5,1 e I.2,5,2. Abando-

¹⁵⁸ Art. 468. – «*El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción*».

¹⁵⁹ Art. 513. – «*El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por prescripción*».

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, n.º 1.2.

¹⁶¹ Cfr. *supra*, n.º 1.2.2.

¹⁶² Art. 523. – «*Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes*».

¹⁶³ Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 470. do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 523. do Código), p. 415.

¹⁶⁴ Art. 524 – «*El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente.*

La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia».

¹⁶⁵ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.2.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

nou-se, pois, a concepção da *habitatio* consagrada em C.3,33,13, que fora acolhida nas *Siete Partidas* (na lei 27 do título XXXI da Partida III) – embora também aí estivesse previsto o uso de uma casa (nas leis 20 e 21 do mesmo título)¹⁶⁶ –, seguindo-se a orientação que teve como primeiro defensor Connanus e que, reafirmada por Pothier, foi acolhida no Código Civil francês, donde passou para o Código Civil espanhol. García Goyena afirmava a este propósito: «Era imposible conservar las sutilísimas distinciones ó diferencias de las leyes Romanas e de Partida entre uso de una casa y la habitacion, quando en sencilla razon deben ser y son una misma cosa»¹⁶⁷.

O art. 525. estabelece que os direitos de uso e habitação «no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»¹⁶⁸. Também neste ponto se elimina a diferenciação que havia sido introduzida pela mencionada constituição imperial de Justiniano, a qual, ao autonomizar a *habitatio* como direito de natureza especial, se afastara do preclaro entendimento dos jurisconsultos clássicos, quanto ao *usus* (tanto de *fundi* como de *aedes* ou *domus*, ou de escravos), que se extrai daquela que (segundo cremos) era a versão clássica de D.7,8,8pr., assim como de D.7,8,11, de D.7,8,12,6 e de dois parágrafos das *Institutiones*, I.2,5,1 e I.2,5,2. Relativamente ao direito de habitação, afasta-se, também neste aspecto, o que fora decidido por Justiniano, na referida *constitutio* (C.3,33,13,1), não obstante a consagração que a faculdade de dar em locação a *habitatio* também tinha obtido nas *Siete Partidas* (lei 27 do título XXXI da Partida III). Gar-

¹⁶⁶ O usuário da casa não podia locar (totalmente), ceder, vender, alienar ou empenhar a mesma. Cfr: *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas com vários códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, Tomo II, cit., Partida III, Tit. XXXI, lei 20 – «La segunda manera es quando un home otorga á otro uso tan solamiente en su casa, (...): et de tal otorgamiento como este non se puede aprovechar dél tan lleneramente aquel á quien es fecho como del usufruto, porque este que ha el uso tan solamiente non puede esquilmar la cosa sinon en lo que hobiere mester ende para su despensa, (...), mas non para dar ende á otri nin para vender. (...) Otrosi decimos que non puede enagenar nin empeñar la cosa en que ha él uso: (...)» – e lei 21 – «Uso tan solamiente habiendo algunt home en casa agena bien puede hi morar él, et su muger, et sus fijos et su compañía, et puede hi rescebir aun huéspedes si quisiere: (...)».

¹⁶⁷ Cfr: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 472. do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 524. do Código), p. 416. Este ilustre jurista cita, traduzindo, o que GARY (escreve GARRY) dizia no discurso 48 – «La habitacion no es otra cosa que el uso de una casa; son pues aplicables a la habitacion todas las reglas relativas al uso» – e acrescenta que isso já «antes tinha sido dito por Ulpiano, seguindo Papiniano, na lei 10, título 8, livro 7 do Digesto: *Effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis*».

À ignorância pela codificação da referida lei 27 do título XXXI da Partida III («por influencia del derecho intermedio francés»), na sequência do *Proyecto* de 1851 (cuja redacção foi mantida, quanto a este aspecto, no de 1882), refere-se, em termos críticos (defendendo a consagração de um direito de habitação «separado do uso e com um conteúdo diferenciado do usufruto», com o reconhecimento do direito de locar a casa ao seu titular, como foi estabelecido por Justiniano na referida constituição imperial de 530 e se acha consagrado no direito navarro), GIL GARCIA, Maria Olga, *La «locatio-conductio» del derecho de «habitatio»*, cit., pp. 724-732.

¹⁶⁸ Art. 525. – «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título».

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

cía Goyena apresentava igualmente a justificação desta diferença em face do usufruto: «La razon de esta diferencia entre el usufruto y el simple uso es, que todo usufructuario, sin distincion de personas, hace siempre suyos todos los frutos; es, pues, indiferente al propietario la persona del que ejerce este derecho»; enquanto «[e]n el usuario todo es personal, y se amplia ó limita el derecho segun su condicion, dignidad y familia; circunstancias que pueden variar aun despues de haber principiado el uso, y no son adaptables al comprador, arrendatario ó cesionario»¹⁶⁹.

Devido à época em que o Código foi elaborado, o art. 526. dispõe sobre o direito de uso de um rebanho ou de uma manada de gado, conservando do direito romano a faculdade de se aproveitar do esterco dos animais para o cultivo das terras, como se achava estabelecido, sem qualquer limitação, em D.7,8,12,2 – acrescentando, porém, que lhe pertence só o necessário para esse efeito –, assim como do leite das ovelhas, das cabras, etc., na quantidade suficiente para o consumo do usuário e da sua família, que parece corresponder à módica quantidade de leite a que se refere o citado passo do Digesto; já se afasta do direito romano no que respeita ao aproveitamento das crias e da lã, que esse artigo reconhece ao usuário, enquanto o direito romano o negava (ainda naquele texto do Digesto)¹⁷⁰.

Finalmente, o art. 527. determina quem tem de suportar as despesas do cultivo dos prédios rústicos objecto do direito de uso, assim como as reparações ordinárias de conservação e os impostos referentes à casa objecto do direito de habitação: se o usuário consumir todos os frutos ou ocupar toda a casa, recai sobre ele a obrigação de suportar todas essas despesas e encargos, tal como o usufrutuário (parágrafo primeiro); se o usuário só perceber parte dos frutos ou habitar parte da casa não será obrigado a contribuir com nada, desde que fique para o proprietário uma parte dos frutos ou aproveitamentos bastantes para cobrir as despesas ou encargos, competindo ao usuário suportar

¹⁶⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 473. do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 525. do Código), p. 417.

¹⁷⁰ Art. 526 – «*El que tuviere el uso de un rebaño o piara de ganado podrá aprovecharse de las crias, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive*».

No seu comentário ao art. 474 do *Proyecto* de 1851 (ao qual corresponde o art. 526. do Código), GARCÍA GOYENA, mencionando as fontes dessa disposição, diz que as *Institutiones* de Justiniano (I.2,5,4) só concediam ao usuário «el aprovechamiento del estiércol para sus heredades» (o que é exacto, mas não em consideração o que figura em D.7,8,12,2, quanto ao leite), mas que essa restrição «es tan inmotivada como insostenible». Cf.: GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., p. 417.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

o que falte para isso (segundo parágrafo)¹⁷¹. Este artigo consagra, de algum modo, a solução dada pelo direito romano à questão da responsabilidade pela reparação na casa objecto do direito de uso, na segunda parte de D.7,8.18 (embora releve também da disciplina do usufruto contida em D.7,1,7,2)¹⁷².

IV.2 Código Civil português actual

O Código Civil português disciplina o uso e habitação no Capítulo V («*Uso e habitação*») do Título III («*Do usufruto, uso e habitação*») do Livro III («*Direito das Coisas*»), artigos 1484º a 1490º, limitando-se este último artigo a remeter para as normas aplicáveis ao usufruto (contanto que sejam conformes à natureza daqueles direitos)¹⁷³. Uma dessas normas é, certamente, a que respeita à duração dos direitos de uso e de habitação, fora dos casos (a seguir indicados) em que a lei consagre outra solução: não podem exceder a vida do usuário, tratando-se de pessoa singular, ou trinta anos, se for pessoa colectiva (art. 1443º, *ex vi* do art. 1490º)¹⁷⁴; tratando-se de direito de uso ou de direito de habitação objecto de legado testamentário, resulta do art. 2258º, por força da remissão contida no art. 1490º, que na falta de indicação em contrário (ou de disposição legal especial), a deixa se considera feita vitaliciamente, salvo (por motivos óbvios) se o beneficiário for uma pessoa colectiva, hipótese em que terá a duração de trinta anos¹⁷⁵.

À semelhança do que acontece no espanhol, também no Código Civil português deparamos com normas dispersas atinentes ao direito de uso e habitação (ou só ao direito de habitação): o n.º 3 do art. 1707º-A¹⁷⁶, que prevê a possibilidade de o cônjuge sobrevivente, tendo havido renúncia recíproca à condição de her-

¹⁷¹ Art. 527 – «*Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario.*

Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte».

¹⁷² A este respeito, vide GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, cit., a propósito do art. 475 do *Proyecto* de 1851 (a que corresponde o art. 527. do Código), p. 417-418.

¹⁷³ Art. 1490º – «*São aplicados aos direitos de uso e de habitação as disposições que regulam o usufruto, quando conformes à natureza daqueles direitos*».

¹⁷⁴ Art. 1443º – «*Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, o usufruto não pode exceder a vida do usufrutuário; sendo constituído a favor de uma pessoa colectiva, de direito público ou privado, a sua duração máxima é de trinta anos*».

¹⁷⁵ Art. 2258º – «*A deixa de usufruto, na falta de indicação em contrário, considera-se feita vitaliciamente; se o beneficiário for uma pessoa colectiva, terá a duração de trinta anos*».

¹⁷⁶ Aditado ao Código Civil pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto (art. 3.º).

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

deiro legitimário do outro cônjuge (como agora é permitido pelo art. 1700º, n.º 1, al. c)¹⁷⁷), permanecer na casa de morada de família cuja propriedade pertença ao *de cuius*, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio (se estiverem verificados todos os requisitos legais), pelo prazo de cinco anos (que pode ser prorrogado, a título excepcional, nos termos do n.º 4 do art. 1707º-A), salvo se o cônjuge sobrevivivo tiver completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão, hipótese em que o direito de habitação previsto no n.º 3 tem carácter vitalício (art. 1707º-A, n.º 10); o art. 1733º, n.º 1, al. c), que exclui o direito de uso e habitação da comunhão, no regime da comunhão geral de bens; o art. 2103º-A, n.º 1, que atribui ao cônjuge sobrevivivo o direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio (legado legal)¹⁷⁸; e o art. 2233º, n.º 2, que admite a validade da deixa testamentária do uso ou da habitação para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário.

Atentemos, também agora, pelo motivo acima aduzido, somente no regime consagrado nos arts. 1484º a 1490º, a fim de apurarmos que aspectos deste regime têm a sua matriz no direito romano.

Merece realce, antes de mais, a circunstância de o legislador português ter optado por fornecer o conceito de direito uso e de direito de habitação, no art. 1484º: «O direito de uso consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família» (n.º 1); quando esse direito «se refere a casas de morada, chama-se direito de habitação». O direito de habitação é, assim, qualificado como um direito de uso de «casas de morada», tal como sucedia no direito romano clássico (e não como um direito autónomo, como foi estabelecido por Justiniano na constituição imperial contida em C.3,33,13)¹⁷⁹; e o conceito de direito de uso não deixa de ter raízes no direito romano justinia-

¹⁷⁷ Na redacção que lhe foi dada pela citada Lei n.º 48/2018 (art. 2.º): «1. A convenção antenupcial pode conter: (...) c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.».

¹⁷⁸ O art. 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (Protecção das uniões de facto) estabelece que «[e]m caso de morte do membro da união de facto proprietário da casa de morada da família e do respectivo recheio, o membro sobrevivivo pode permanecer na casa, pelo prazo de cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio» (n.º 1); quando a união de facto tenha «começado há mais de cinco anos antes da morte, os direitos previstos no número anterior são conferidos por tempo igual ao da duração da união» (n.º 2). Esses prazos podem ser prorrogados a título excepcional (n.º 4). Em qualquer caso, essa atribuição só tem lugar se estiverem verificados todos os requisitos legais (n.º 6).

E o art. 5.º da Lei n.º 6/2001 (Economia comum) determina igualmente que «[e]m caso de morte da pessoa proprietária da casa de morada comum, as pessoas que com ela tenham vivido em economia comum há mais de dois anos nas condições previstas na presente lei têm direito real de habitação sobre a mesma, pelo prazo de cinco anos, (...)» (desde que se verifiquem os requisitos previstos nos n.ºs 2 e 3).

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e 2.2.

Saliente-se que já era assim no Código Civil de 1867 (art. 2254º).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

neu, embora com generalização da parte interpolada de D.7,8,12,1, que se referia ao uso de um *fundus* («*his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum*»).

Esse artigo é complementado pelo art. 1486º, segundo o qual «[a]s necessidades pessoais do usuário ou do morador usuário são fixadas segundo a sua condição social», bem como pelo art. 1487º, que define o âmbito da família do usuário ou do morador usuário, considerando nela compreendidos «apenas o cônjuge, não separado (...) de pessoas e bens¹⁸⁰, os filhos solteiros, outros parentes a quem sejam devidos alimentos e as pessoas que, convivendo com o respectivo titular, se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas». O modo de determinação das necessidades do usuário e do habitante da casa estabelecido no art. 1486º tem precedentes no direito romano, mais concretamente em D.7,8,12,1 («*aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus*»); e o elenco das pessoas constante do art. 1487º não é muito diferente daquele que consta de D.7,8,2,1, de D.7,8,4,1 e de D.7,8,6¹⁸¹.

Relativamente aos modos de constituição e às causas de extinção dos direitos de uso e de habitação aplicam-se as normas respeitantes ao usufruto, para que remete o art. 1485º, mas com ressalva do disposto na alínea b) do artigo 1293º, contida na parte final desse preceito¹⁸²: assim, aplicam-se, respectivamente, os arts. 1440º e 1476º¹⁸³, mas com a exclusão, para os direitos de uso e de habitação, da aquisição por usucapião¹⁸⁴. Convém ainda ter presente que, em virtude do disposto no art. 298º, n.º 3, os direitos de uso e de habitação (como os outros direitos reais aí mencionados) «não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei». Assim, no essencial, os mo-

¹⁸⁰ A norma continua a dizer «*não separados judicialmente de pessoas e bens*». Todavia esta causa de modificação da relação matrimonial há muito que deixou de sempre ter natureza judicial; por isso, eliminámos a palavra «judicial». Cfr. COELHO, FRANCISCO Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I – *Introdução. Direito matrimonial*, 5.ª ed., com a colaboração de Rui de Moura Ramos, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 78 e 655-658.

¹⁸¹ Cfr. *supra*, n.º 1.3.2.1. e n.º 1.3.2.2.

¹⁸² Art. 1485º – «*Os direitos de uso e de habitação constituem-se e extinguem-se pelos mesmos modos que o usufruto, sem prejuízo do disposto na alínea b) do artigo 1293º, e são igualmente regulados pelo seu título constitutivo; na falta ou insuficiência deste, observar-se-ão as disposições seguintes*».

¹⁸³ Art. 1440º – «*O usufruto pode ser constituído por contrato, testamento, usucapião ou disposição da lei*».

Art. 1476º – «*1. O usufruto extingue-se: a) Por morte do usufrutuário, ou chegado o termo do prazo por que o direito foi conferido, quando não seja vitalício; b) Pela reunião do usufruto e da propriedade na mesma pessoa; c) Pelo seu não exercício durante vinte anos, qualquer que seja o motivo; d) Pela perda total da coisa usufruída; e) Pela renúncia. 2. A renúncia não requer aceitação do proprietário*».

¹⁸⁴ Art. 1293º – «*Não podem adquirir-se por usucapião: (...) b) Os direitos de uso e de habitação*».

USUS ET HABITATIO: AS RAÍZES ROMANAS DO REGIME DOS DIREITOS REAIS... ■

dos de constituição e as causas de extinção dos direitos de uso e de habitação são os mesmos do usufruto, tal como acontecia no direito romano¹⁸⁵.

No art. 1488º consagra-se a intransmissibilidade do direito de uso e do direito de habitação, estabelecendo-se que os seus titulares não os podem «trespassar ou locar»; e também se proíbe a sua oneração, «por qualquer modo»¹⁸⁶. A solução harmoniza-se, pois, com a do direito romano clássico, como resulta de D.7,8,8pr. (naquela que seria a sua versão genuína), de D.7,8,11 e de D.7,8,12,6, que está igualmente plasmada em I.2,5,1 e I.2,5,2; tal como no primeiro Código Civil português, quanto ao direito de habitação, não se acolheu o que fora decidido por Justiniano, em C.3,33,13,1 – e que não é possível determinar se chegou a ter aplicação em Portugal, embora também não seja de excluir que isso se tenha verificado, atendendo a que o direito romano foi utilizado entre nós como fonte subsidiária de direito desde o período que antecedeu as Ordenações Afonsinas e, depois, por disposição expressa destas e das Ordenações seguintes, as Manuelinas e as Filipinas, e, além de se ter procedido à tradução para português do Código justinianeu, até se recorreu às *Siete Partidas* (igualmente traduzidas para português), que, seguindo essa *constitutio*, admitiram, como vimos, a possibilidade de locação da habitação¹⁸⁷.

Por fim, no art. 1489º mencionam-se as obrigações inerentes ao uso, em termos idênticos aos do art. 527. do Código Civil espanhol, valendo, pois, «*mutatis mutandis*» o que dissemos a respeito dele¹⁸⁸: o seu fundamento romanístico encontra-se, por conseguinte, em D.7,8,18.

V. CONCLUSÃO

Do exposto resulta que o regime dos direitos de uso e de habitação consagrado tanto no Código Civil espanhol como no actual Código Civil português é largamente tributário do direito romano, sobretudo do direito romano clássico, ainda que também do direito justinianeu, que, de qualquer modo, foi o veículo de transmissão daquele para a posteridade.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, n.º 1.2.

¹⁸⁶ Art. 1488º – «O usuário e o morador usuário não podem trespassar ou locar o seu direito, nem onerá-lo por qualquer modo».

¹⁸⁷ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 5.ª ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 293-295 e 342-348.

¹⁸⁸ Art. 1489º – «1. Se o usuário consumir todos os frutos do prédio ou ocupar todo o edifício, ficam a seu cargo as reparações ordinárias, as despesas de administração e os impostos e encargos anuais, como se fosse usufrutuário. 2. Se o usuário perceber só parte dos frutos ou ocupar só parte do edifício, contribuirá para as despesas mencionadas no número precedente em proporção da sua fruição».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Assim sendo, parafraseando o alerta que o tribuno Gary lançou a respeito do erro («difundido pela ignorância e que a preguiça poderia talvez tornar plausível») que seria pensar, depois da aprovação do *Code Civil*, que bastaria conhecer esse código¹⁸⁹, podemos dizer: aos estudantes que aspiram a ser juristas (assim como aos que, sendo juristas, o queiram ser de corpo inteiro) não basta conhecer os códigos civis em vigor; a exemplo dos nossos antigos grandes magistrados e dos nossos jurisconsultos mais célebres, eles devem estudar o direito na sua fonte mais pura, ou seja, no direito romano.

¹⁸⁹ «Qu'il me soit permis de signaler ici une erreur répandue par l'ignorance, et que la paresse pourrait peut-être accréditer, c'est qu'il suffira désormais à ceux qui se destinent à l'étude des lois connaître le Code civil. Nous ne pouvons assez leur répéter qu'à l'exemple de nos plus grands magistrats et de nos plus célèbres jurisconsultes, ils doivent étudier le droit dans sa source la plus pure, dans les lois romaines. (...)». Cfr. *Discussion devant le Corps Législatif. Discours prononcé par le tribun Gary* (30 janvier 1804), cit., p. 243.