



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**O INSTITUTO DA USUCAPIÃO:
PRODUTO IMUTÁVEL DO PASSADO OU NECESSÁRIA
REAVALIAÇÃO NO PRESENTE?
CONFRONTO COM O SISTEMA DE REGISTO PREDIAL**

**THE INSTITUTE OF ADVERSE POSSESSION:
IMMUTABLE PRODUCT OF THE PAST OR REQUIRED
REASSESSMENT OF THE SYSTEM?
CONFRONTATION WITH THE SYSTEM REGISTRY BUILDING**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências-Jurídico Civilísticas com Menção em Direito Civil.

Orientadora: Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim.

Luciana Raquel Ribau Lourenço

Coimbra, 2016

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma dissertação requer uma aspiração interior grandiosa, uma vontade pessoal desmedida... esta é a primeira força e a principal passada num caminho que se diz árduo, trabalhoso... A predisposição para nos entregarmos por inteiro a tal obra exige coragem e confiança. Se delas nos considerámos portadoras legítimas no início desta “estrada”, com as dificuldades e obstáculos que se foram fazendo sentir, aquela garra inicial foi-se esbatendo. A preocupação, o medo de falhar, de ficar aquém das expectativas em nós depositadas foram assumiram proporções descomunais. Sozinha teria fraquejado. Mas felizmente, só, não foi a condição em que me encontrei. Muitas pessoas/entidades tiveram um papel activo e importantíssimo no “escalar desta montanha”. Cheguei ao cimo, enfim, e a vista é magnânima. Desde já, um muito obrigada a quem directa ou indirectamente sempre esteve presente e, que por razões de exequibilidade não posso aqui especificar. O meu agradecimento, porém, tem de ser dirigido discriminadamente a certas pessoas/entidades, assim,

À Fundação Rangel de Sampaio (e a todos aqueles que diariamente trabalham em prol da sua materialidade), que durante quatro anos consecutivos me galardoou com uma bolsa escolar, sem a qual muito dificilmente, se não mesmo impossível, se tornaria o meu, tão desejado, avanço académico. Estou eternamente grata.

Aos meus Professores da Faculdade de Direito, para a maioria deles não passei de um número ou de mais uma prova para corrigir, pelas desvantagens que é estar inserida numa turma com duas, três... centenas de alunos, porém, em mim, guardo todos e, cada um em particular, com especial carinho e profunda consideração e respeito. Foram os principais responsáveis por despertar em mim a “sede” de justiça, de querer viver aliada ao Direito e de jamais, em circunstância alguma, render-me ao “divórcio”.

À minha estimada e ilustre orientadora, a Professora Doutora Mónica Jardim. Que orgulho imenso poder privar da sua notável, mas humilde sabedoria. Tudo o que aprendi sobre Direitos Reais devo-o a ela, que sempre tão bem e de forma tão elucidativa soube explicar a matéria aos seus alunos. Nela me revejo pelo gosto infindável por este Ramo do Direito, que me levou a elaborar a dissertação que agora curso. Obrigada pelos

esclarecimentos, pela disponibilidade tão assente, pela confiança...Obrigada por acreditar em mim, isso fez-se sentir!

Aos meus pais, pela liberdade que me deram na decisão de estudar fora da minha área de residência, ainda que isso contende-se contra eles, ademais, pela ausência com que os habituei. Uma palavra especial à minha mãe, uma Mulher incansável...

Aos meus irmãos, Daniel, Mariana e Beatriz, pelo apoio e estímulo absolutos na concretização deste meu objectivo. Foram ouvintes nas preocupações e conselheiros nas indecisões.

Aos meus tios, em especial à minha tia Fernanda e ao meu tio José Vilarinho, que durante seis anos me albergaram na sua casa sita em Coimbra. Cuidei dela como se fosse minha...

A todos os meus colegas e amigos com que me cruzei neste último ano tão cruel, pela solidão que é escrever uma dissertação, que sempre me recordavam uma palavra de “avante!”.

*Em memória e saudade do Miguel, meu irmão mais velho, um amigo de sempre,
a quem a morte, tão cedo e sem piedade, a vida terrena dizimou, mas cuja luz jamais se
esbaterá, essa viverá em mim eternamente.*

*A dor da sua perda transformou-se em lembrança e gratidão, por ter feito parte da minha
vida. Sinto-me profundamente lisonjeada por o ter conhecido.*

Sei que agora cuida de mim como nunca noutra ocasião o poderia ter feito.

A sua força revelou-se e revela-se sempre presente!

MUITO OBRIGADA, MIGUEL!

*“Fazer tudo da nossa parte
como se Deus não pudesse fazer nada e, depois,
pôr toda a nossa esperança em Deus como se,
da nossa parte, não tivéssemos feito nada.”*

(Inácio de Loyola)

O presente trabalho foi elaborado à revelia do novo Acordo Ortográfico (aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º26/91 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º43/91, ambos de 23 de Agosto), salvo eventuais citações por ele abrangidas. Consideramos que a nova grafia não está em vigor com carácter de obrigatoriedade.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

adp. – adaptação

Ac. – Acórdão

al. – alínea

apud – Em

art. – Artigo

arts. – Artigos

B.F.D. – Boletim da Faculdade de Direito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

B.M.J. – Boletim do Ministério da Justiça

Cap. – Capítulo

C.C. – Código Civil

C.C.B. – Código Civil Brasileiro

C.C.E. – Código Civil Espanhol

C.C.F. – Código Civil Francês

C.C.I. – Código Civil Italiano

CENoR – Centro de Estudos Notariais e Registas

C.J. – Coletânea de Jurisprudência

C.Not. – Código do Notariado

C.P. – Código Penal

C.P.C. – Código de Processo Civil

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

C.R.Pred. – Código de Registo Predial

Dec.-Lei – Decreto-Lei

DR – Diário da República

ed. – edição

fasc. – fascículo

Ibidem – Mesma obra

i.e. – isto é

in – em

in fine – parte final

LTC - Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional

n.º – número

ob. cit. – Obra citada

p. – página/páginas

R.C.D.I. - Revista Crítica de Derecho Civil Inmobiliário

R.D.C. - Rivista de Diritto Civile

R.D.I - Revista de Direito Imobiliário
R.L.J. – Revista de Legislação e Jurisprudência
R.O.A. – Revista da Ordem dos Advogados
R.T.D.P.C. – Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
segs – seguintes
S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça
T. – Tomo
T.C. – Tribunal Constitucional
trad. – tradução
T.R.E. – Tribunal da Relação de Évora
T.R.C. – Tribunal da Relação de Coimbra
T.R.P. – Tribunal da Relação do Porto
T.R.L. – Tribunal da Relação de Lisboa
v.g. – verbi gratia = por exemplo
Vide/ V. – Ver
vs. – versus
Vol. – Volume

RESUMO

O presente trabalho pretende reflectir sobre o instituto da usucapião, enquanto forma de aquisição originária de direitos reais através da posse.

Assumindo-se a posse, nos dias de hoje, pelo menos, em relações aos imóveis (que, na verdade, são os bens a propósito dos quais analisaremos os problemas), como uma situação de facto nem sempre visível em consequência da precariedade e fugacidade das relações sociais, e dada a ilicitude com que a posse, as mais das vezes, se adquire, constata-se a necessidade de reavaliar o papel conferido actualmente à posse, nomeadamente, ao seu efeito criador de direitos, que se consubstancia na usucapião.

Para tanto, depois de uma abordagem sobre a origem histórica e terminológica da figura da usucapião, passa-se a um profundo desenvolvimento dos seus pressupostos gerais: 1) Existência de uma situação de posse; 2) Pública; 3) Pacífica; 4) Exercida sobre uma coisa em termos correspondentes ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo não excluído, *ope legis*, da usucapião; 5) Mantida por certo lapso de tempo; 6) Necessidade de invocação, judicial ou extrajudicial, da usucapião.

Posto isto, responde-se à questão de saber qual o fundamento da usucapião, por outras palavras, por que é que se permite que um simples possuidor de uma determinada coisa possa adquirir o direito correspondente ao poder de facto por ele exercido, sobre essa mesma coisa, só porque a possui durante um definido lapso de tempo, de forma pacífica e pública.

Finalmente, reserva-se um último ponto para estudar a relação que, no nosso ordenamento jurídico, se estabelece entre a usucapião e o sistema de registo predial.

Palavras-chave: Posse; Direito de Propriedade; Publicidade; Usucapião; Registo Predial.

ABSTRACT

This dissertation aims to expose a reflection about the adverse possession as a way of acquisition of possession's rights through ownership.

Nowadays, relating ownership to real estate (which actually is the one that it is brought into question), as a situation not always visible as a result of instability and transience of social relations and given the wrongfulness with that possession, most often, is acquired, there has been the need to reassess the role currently given to ownership, particularly its right's creator effect, which is embodied in the adverse possession.

Therefore, after a brief look at the historical and terminological origin of the adverse possession, these are its necessary general requirements: 1) Existence of an ownership situation; 2) Public; 3) Pacific; 4) Exert above the one thing corresponding to the right's exercise of ownership or other real right not excluded of the adverse possession; 5) Maintained by a certain period of time; 6) Requirement invocation, judicial or extrajudicial, of the adverse possession.

After the above has been said, the question: what are the adverse possession's basis, or in another words, what is it that allows a simple owner of a certain thing, to acquire the correspondent right to power, for that same thing, just because it has been belonging to him for an undefined period of time, peacefully and publicly.

Finally, the last topic to study is related to the relationship that in our legal system, is established between the adverse possession and the land registration system.

Keywords: Possession, Property's Right; Publicity; Adverse Possession, Land Registry.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	1
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	6
RESUMO	8
I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	13
1. Enunciação do problema objecto do estudo e observações prévias.....	13
II. A USUCAPIÃO	19
1. Noção e enunciação dos pressupostos	19
2. Origem histórica e terminológica	20
III. DESENVOLVIMENTO DOS PRESSUPOSTOS GERAIS DA USUCAPIÃO DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS	21
1. EXISTÊNCIA DE UMA SITUAÇÃO DE POSSE.....	21
1.1. Afloramento do instituto da posse em geral	21
1.1.1. Noção de posse	22
1.1.2. Fundamento da tutela possessória.....	29
1.2. Posse “prescricional” ou “boa para usucapião” - características particulares ..	31
1.2.1. Posse em nome próprio. Distinção com a posse em nome alheio ou detenção. Relevância do <i>animus</i> possessório como factor diferenciador.	31
1.2.2. Posse pacífica.....	35
1.2.3. Posse pública.....	39
1.2.3.1. Padrão de cognoscibilidade vs. conhecimento efectivo. O critério objectivo do Homem médio.....	43
1.2.3.1.1. Relevância actual da posse: o Homem Médio Actual	43
1.2.3.2. Posse pública (art.1262.º) vs. Publicidade (art.1263.º, al. a)).....	46
1.2.4. Posse efetiva? Divergência doutrinal. Compreensão do elemento material/objectivo da posse: o <i>corpus</i> . Posição adoptada.....	48
2. POSSE PACÍFICA (remissão para o ponto 1.2.2.)	53

3. POSSE PÚBLICA (remissão para o ponto 1.2.3.)	53
4. EXERCIDA SOBRE UMA COISA EM TERMOS CORRESPONDENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE OU DE OUTRO DIREITO REAL DE GOZO NÃO EXCLUÍDO, <i>OPE LEGIS</i> , DA USUCAPIÃO.....	54
4.1. Objecto da posse vs. Objecto da usucapião	54
4.1.1. « <i>Exercida sobre uma coisa [...]</i> »	54
4.1.2. “[...]em termos correspondentes ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo[...]”	56
4.1.3. “[...] não excluído, <i>ope legis</i> , da usucapião.”	63
4.1.3.1. A Interpretação actualista e analógica do art.1293.º por parte de Mouteira Guerreiro.	66
5. MANTIDA POR CERTO LAPSO DE TEMPO	68
6. NECESSIDADE DE INVOCAÇÃO, JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL, DA USUCAPIÃO.....	76
IV. FUNDAMENTO DA USUCAPIÃO.....	93
1. A usucapião e o enriquecimento sem causa do usucapiente.....	97
2. A usucapião e sua conformidade constitucional.....	98
V. A USUCAPIÃO E O SISTEMA DE REGISTO PREDIAL NO DIREITO PORTUGUÊS.....	100
1. Nota prévia.....	100
2. O Sistema de título quanto à constituição, transmissão e aquisição dos direitos reais	101
3. Características do Sistema Registral Português	102
a) <i>Sistema de base real</i>	102
b) <i>Sistema de inscrição</i>	103
c) <i>Registo declarativo</i>	103
d) <i>Sistema de registo de direitos</i>	105

4. O primado da usucapião na nossa ordem jurídica: a solução no Direito constituído e principais traços que a comprovam.	107
4.1. A declarada prevalência da presunção da posse	107
4.2. O reconhecimento da usucapião extratabular e, sobretudo, da contratabular.	108
5. Mudança de paradigma: a solução a adoptar no Direito a constituir	115
VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
VII. ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	122
VIII. BIBLIOGRAFIA	124

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Enunciação do problema objecto do estudo e observações prévias

Desde cedo o instituto da usucapião despertou em nós distinta atenção, mas não, como poderíamos levar o leitor a presumir, pelas melhores razões. Sempre sentimos algum pudor nesta forma de aquisição originária de direitos, designadamente do direito de propriedade. E porquê? Porque ela permite que um proprietário se veja privado ou restringido no seu direito¹ a favor de quem, tão-só, usa a coisa, sem que esteja previsto qualquer tipo de indemnização por parte do usucapiente a favor do titular do direito e, isto, mesmo quando o possuidor está de má-fé². Ela permite que a situação patrimonial de um particular seja reduzida em benefício de um outro particular pelo simples facto de este possuir a coisa no seu próprio interesse³. Ora, perguntamos, o direito de usar a coisa é

¹ É comum ouvir-se dizer que a usucapião não visa a perda do direito do proprietário, mas antes a aquisição pelo possuidor do direito correspondente à situação de facto que não foi contestada dentro de certo prazo (foi esta perspectiva que a *Cour de cassation* francesa adoptou na sentença de uma “question prioritaire de constitutionnalité” datada de 17 de Junho de 2011. *Vide*, a este propósito, VASSALO ABREU «Usucapião de imóveis sem indemnização» in *B.F.D.*, vol.LXXXVIII, T. I, Coimbra, 2012, p.205).

Ora, a usucapião é ao mesmo tempo prescrição aquisitiva (para o possuidor) e extintiva (para o titular do direito) [Cfr. SALVATORE PATTI, «Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo)» in *R.D.C.*, n.º6, II, 2009, que acentua isto mesmo ao escrever que a usucapião “determina l’acquisto (e rispettivamente la perdita) del diritto di proprietà”], pelo que, acentuar aquela em detrimento desta, em vez de sobrevalorizar a aquisição, tal como pretendido, denota, precisamente, o efeito contrário, ou seja, o valor depreciativo que a privação forçada do direito por parte do possuidor causa a qualquer pessoa sensível a esta questão e, que, por assim ser, tende a pôr em evidência o efeito benéfico da aquisição do direito para ela própria se resguardar de “dores de consciência” severas.

² Neste contexto, a questão da constitucionalidade da usucapião é incontornável, na medida em que o proprietário, nos termos do art.62.º da C.R.P., apenas pode ser privado do seu direito quando para isso concorra uma causa justificativa, beneficiando, por conseguinte, da respectiva indemnização e, tal, não sucede na usucapião, em que o titular do direito dele se vê forçadamente privado e sem a previsão de qualquer esquema indemnizatório. A carência de uma “explícita credencial constitucional” da usucapião levanta, assim, sérias dúvidas da sua legitimidade com as regras e princípios constitucionais. *Vide*, a este propósito, GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, vol.I, 4.ªed., p. 805, a quem pertence a expressão entre aspas; VASSALO ABREU, *ibidem*, p.215.

Para além do mais, sendo a má-fé a situação em que o possuidor, conscientemente, actua sobre a coisa prejudicando o direito de outrem (do verdadeiro titular) não se percebe que aquele fique “rindo” confortavelmente “do mal” que causou ao titular do direito.

³ PEDRO DE PABLO CONTRETAS distingue o direito de propriedade em duas vertentes: como direito subjectivo público - um direito que se ostenta frente ao Estado, que só mediante uma justa causa de utilidade pública (isto é, de interesse geral) acompanhada de pertinente indemnização é susceptível de ser, pela lei, limitado; e como direito subjectivo privado - cuja actuação do titular do direito opera frente a outros sujeitos privados. (Cfr. «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», in *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p.951 e segs). Servimo-nos da distinção operada por este autor para, tão-só, advertir que, é nesta última vertente que se constrói a usucapião.

assim tão forte ao ponto de permitir uma brusca mudança na titularidade do direito? É o direito de usar que atribui a titularidade sobre o domínio⁴? Um proprietário que não usa o seu prédio não está em condições de merecer essa qualificação (de proprietário)? O proprietário não tem a escolha de usar ou não usar aquilo que é seu e só seu? A propriedade obriga ao seu uso ou, basta-se com uma titularidade meramente formal desligada de um exercício efectivo sobre a coisa?

O legislador nacional, à semelhança do que ocorre noutros sistemas jurídicos⁵, definiu o direito de propriedade pelo seu conteúdo. O art.1305.º dispõe que “o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso⁶, fruição⁷ e disposição⁸ das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”. Desta norma, depreende-se que o proprietário pode usar, fruir e dispor da coisa da maneira que ele entender e que melhor satisfaça as suas necessidades. O proprietário pode até exercer o seu direito abstendo-se de o usar. É comum dizer-se, a este propósito, que o não uso do direito de propriedade é ainda uma manifestação do seu uso; uma forma legítima de o exercer. O uso ou fruição sobre a coisa, objecto do direito de propriedade, não é indispensável para a existência deste. A qualidade de proprietário basta-se com uma titularidade formal/ jurídica⁹. Diferente é o problema de saber se o não uso da coisa por

⁴ A *teoria do trabalho* pretendeu justificar a propriedade na actividade produtiva sobre a coisa despendida pelo Homem. (Vide, para maiores desenvolvimentos desta construção e, demais teorias justificativas do fundamento da propriedade, CUNHA GONÇALVES, *Da propriedade e da posse*, Edições Ática, p.20 e segs, com especial incidência na p.24). Em idêntico sentido, escreveu MENEZES CORDEIRO, “a usucapião realiza a velha aspiração histórico-social de reconhecer o domínio a quem, de facto, trabalhe os bens disponíveis e lhes dê utilidade pessoal e social.” (cfr. «*Da usucapião de imóveis em Macau*» in *R.O.A.*, ano 53.º (1993), vol. I, p.37-59, em especial p.38).

⁵ De que é exemplo o Sistema Jurídico Italiano (art.832.º C.C.I.), já que é a fonte imediata do nosso art.1305.º. Também o Código Civil Espanhol define, no art.348.º, o direito de propriedade pelo seu conteúdo, “es el derecho de gozar y disponer de una cosa...”. Idêntica formulação prescreve o art.544.º do Código Civil Francês. O legislador Francês foi até mais longe e considerou que a propriedade é o direito de gozar e dispor de uma coisa de forma absoluta (...*de la manière la plus absolue*...), sempre que não se tenha dela um uso proibido pela lei ou por regulamentos.

⁶ O *jus utendi* consiste na faculdade que o proprietário tem de servir-se da coisa para todos os fins em que ela possa ser utilizada. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.48; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Almedina, 2012, p.171.

⁷ O *jus fruendi* corresponde à permissão de retirar da coisa os seus rendimentos (naturais ou civis). *Vide obs., cits.* na nota anterior.

⁸ O *jus abutendi* é o direito de dispor da coisa, quer transformando-a, quer alienando-a, quer consumindo-a, quer deteriorando-a ou, até mesmo, destruindo-a. *Vide obs. cits.* na nota 6.

⁹ Cfr. ANTONIO HERNANDEZ GIL, *La funcion social de la posesion*, Alianza Editorial, p.7, segundo o qual “la cualidad de propietario se sobrepone al actuar como propietario. La titularidade formal es lo importante.”. No mesmo sentido, segundo BARASI *apud* NUN’ÁLVARES DE ADRIÃO BESSA LOPES, “Breves notas sobre o não uso e a «usucapio libertatis»” in *B.F.D.*, suplemento 8, Coimbra, p.100, nota 2, “O direito de propriedade perdura – no sistema económico-jurídico liberal do nosso Código – independentemente do seu efectivo exercício (...).”

parte do proprietário pode ser ilimitado no sentido de prevalecer em face de qualquer outro tipo de actuação alheia¹⁰, ou se, ao invés, a propriedade privada desempenha uma função social que corrija ou modere a organização individualista e liberal permitindo a introdução de interesses colectivos¹¹. A este propósito, ORLANDO GOMES¹² vai, até, mais longe e questiona se a propriedade é, ela própria, uma função social ou, ao invés, tem uma função social. Isto é, se “a propriedade é atribuída ao proprietário não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou colectivo” ou, se “a propriedade permanece como uma situação subjectiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente este é investido na função social.”

O nosso Código Civil não faz qualquer referência expressa à função social¹³, e o mesmo se diga da Constituição de 1976, contrariamente ao que sucedia com a Constituição de 1933 que consagrava expressamente, no seu art.35.º, a doutrina da função social da propriedade ao estabelecer que “a propriedade [...] desempenha[m] uma função social [...] podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva¹⁴”. Porém, menções implícitas na actual Constituição permitem considerar que a propriedade cumpre, hoje, uma função social. Veja-se a propósito, o art.61.º/1 ao determinar que “a iniciativa económica privada exerce-se livremente [...] tendo em conta o interesse geral”, e o art.88.º/2 que estabelece consequências para o abandono injustificado dos bens de produção. No entanto, “a função social da propriedade não pode, porém, ser argumento para estabelecer uma funcionalização absoluta dos poderes do proprietário, apenas o admitindo a exercer poderes cuja utilidade social a lei

¹⁰ A concepção individualista de propriedade vigorou durante o século XIX – um século marcado pelo liberalismo – onde não fazia sentido invocar uma função social da propriedade. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 5.ªed., reimpressão, Coimbra Editora, 2012, p.139.

¹¹ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010, p.8.

¹² Cfr. ORLANDO GOMES, *A função social da propriedade* - Separata do número especial do *B.F.D. - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1989, p.11. Sobre esta concepção social de propriedade, vide CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.7 e segs.

¹³ Veja-se o que escreve, a este propósito, MOTA PINTO, *Direitos Reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra, 1971, p.233, “Esta definição [reportando-se à “definição” (se assim lhe pode chamar) de propriedade do art.1305.º] parece transferida de um código inspirado por princípios individualistas extremos. Não se repercute aqui, directamente, nenhuma ideia ligada à função social (...)”.

¹⁴ Constituições de países europeus aludem expressamente à função social da propriedade – por exemplo, a Constituição italiana [art.42.º: “(...) *A propriedade privada é reconhecida pela lei, que determina os seus modos de aquisição, de gozo, de posse e os limites, no intuito de assegurar a sua função social (...)*”]; a Constituição espanhola [art.33.º: “1 – *É reconhecido o direito à propriedade e à herança.* 2 – *A função social destes direitos delimitará o seu conteúdo, de acordo com as leis.*”]; a Lei Fundamental Alemã [art.14.º: “(...) 2 – *A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, o bem comum.*”].

reconheça¹⁵.” Isto é, a propriedade é na sua essência um direito subjectivo privado em que o seu principal objectivo prende-se com a satisfação dos interesses do seu titular, e que só em certos casos, nomeadamente quando estão em causa bens de produção, poderá a lei limitá-la em função dos interesses da colectividade¹⁶. Nestes casos as vertentes individual e social (ou institucional) da propriedade vivem associadas sem que se possa, por qualquer forma, separá-las¹⁷. O aspecto social não existe, porém, em relação aos bens de consumo ou de uso pessoal de cada individuo¹⁸. Relativamente a estes a vontade do proprietário é imperiosa e incontornável. É essencial que o proprietário tenha um espaço próprio de realização pessoal que lhe permita conquistar, da maneira que melhor entender, a sua independência económica ou riqueza¹⁹. Donde resulta, que o direito de propriedade caracteriza-se mais pela atribuição de poderes ou faculdades ao seu titular, do que o estabelecimento de limitações em prol do bem comum²⁰.

Assim, apesar de o não uso ser ainda uma faculdade legítima do direito do proprietário, não poderá ser tão ilimitado que ponha em causa a sustentabilidade socioeconómica²¹, nem pode ser tão limitado que restrinja em demasia a vontade individualista do proprietário, já que esta surge associada ao valor da liberdade que qualquer Estado de Direito Democrático proclama e sob o qual se funda²².

A propriedade privada é o direito mais amplo²³, sobre uma coisa, que é possível conceder a uma pessoa e, que, só em casos excepcionais, pela lei previstos, é limitado, o

¹⁵ Citamos MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.175.

¹⁶ Em sentido contrário, segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, “Todos os bens são atribuídos à titularidade particular para vantagem comum; mas respeitada essa exigência básica, a propriedade privada permite assegurar a autonomia e a iniciativa de cada sujeito, essenciais para o desenvolvimento da sua personalidade.” Cfr. *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.142.

¹⁷ Neste sentido, segundo CUNHA GONÇALVES (*ob. cit.*, p. 43), “Não há propriedade *institucional* distinta da propriedade *individual*. Quando muito, pode o Estado, no exercício da sua função coordenadora de todos os direitos e interesses, estabelecer limitações à propriedade individual, invocando o interesse público.”

¹⁸ Sobre a distinção destas duas categorias de bens: os bens de produção e os bens de consumo, *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.142-144.

¹⁹ Cfr. CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.45.

²⁰ Cfr. VASSALO DE ABREU, *Titularidade registral do direito de propriedade imobiliária versus usucapião (“adverse possession”)*, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2013, p.134.

²¹ Há quem justifique a função social da propriedade na teoria do abuso do direito, considerando abusivo o direito exercido em contrariedade com o seu fim socioeconómico. Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.175-176; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p.190 e segs.

²² Como MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO refere in *ob. cit.*, p. 40, “a ideia de um «activismo da propriedade» é contrária à conexão que se estabelece entre propriedade e liberdade”.

²³ A intérmina amplitude dos poderes do proprietário não permite fazer um rol exaustivo dos mesmos. Assim se explica a dificuldade, senão mesmo impossibilidade, de definir o direito do proprietário.

que reflecte o princípio do direito privado segundo o qual, o que não é proibido é juridicamente permitido²⁴.

Pode (e deve), para melhor compreensão da matéria, perguntar-se, ainda, se esta função social da propriedade advém das limitações²⁵ que a própria lei estabelece ao direito ou, se, pelo contrário, a função social deve ser um princípio geral a observar em sede de interpretação e aplicação das normas do instituto. ORLANDO GOMES²⁶ é explícito na melhor resposta ao advertir que a identificação da função social da propriedade com as limitações que o ordenamento jurídico lhe impõe “confunde a *ratio* das leis restritivas com o seu texto” propondo, deste modo, a concepção da função social como princípio interpretativo.

De notar que, as faculdades (usar, fruir e dispor) do direito de propriedade são imprescritíveis, isto é, não basta o não-uso para que se extingam. “Por exemplo, o facto de um proprietário não realizar uma plantação num terreno seu durante 30 anos não implica a inibição daquele para efectuar a mesma plantação após esse prazo; de igual modo, podem ser demarcadas e vedadas propriedades que durante séculos não o tinham sido, etc.”²⁷.”

Ora, mas, a verdade, é que se um proprietário não exerce o seu direito, isto é, se não pratica actos correspondentes aos poderes e faculdades que nele se integram (mesmo que esta seja a actuação que melhor realiza os seus interesses), poderá vir a perdê-lo, se um terceiro mantiver a posse, com certas características, da coisa durante o tempo legal necessário para a invocação da usucapião, e a efectuar. Nisto se concretiza o manifesto paradoxo em que o nosso ordenamento jurídico imobiliário se funda. Parece surpreendente que um simples facto (a posse), que pode ser contrário à lei, seja por ela beneficiado.

Neste trabalho, como pretendemos antever, abordaremos a figura da usucapião apenas na sua modalidade de usucapião de imóveis e, teremos sempre como ponto de referência o direito de propriedade *strito sensu*²⁸, já que é este o direito real máximo e

²⁴ Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ibidem*, p.28.

²⁵ Limitações, estas, que podem ser de direito público (como por exemplo, a expropriação por utilidade pública - art.1308.º) ou, de direito privado, resultantes das relações de vizinhança (art.1344.º e segs). Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado c/ a colaboração de Henrique Mesquita*, vol. III, 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, 1987, p.94-95.

²⁶ Cfr. *ob. cit.*, p.11 e 12.

²⁷ Vide CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.52.

²⁸ Referimo-lo assim para o diferenciar do direito de propriedade em sentido amplo que “não se limita ao universo das *coisas*”, abrangendo igualmente “a propriedade científica, literária ou artística (art.42.º/2 C.R.P.) e outros direitos de valor patrimonial (direitos de autor, direito de crédito, partes social), etc.” (As expressões

paradigmático sobre as coisas e, sobre o qual se constituem os demais direitos reais limitados. Para além do mais, é no tocante aos imóveis que nos deparamos com as maiores perplexidades. Referimo-nos, neste aspeto, ao conflito entre o sistema de registo predial e a usucapião, nomeadamente quando a usucapião se sobrepõe ao registo fundiário - a chamada *usucapio contra tabulas*²⁹.

entre aspas são da autoria de GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, comentário ao art.62.º, ponto II, p.800).

Por outro lado, pretendemos também distingui-lo das outras formas de domínio sobre as coisas, como, por exemplo, o direito de usufruto ou o direito de superfície. É o direito de propriedade privada tal como o legislador no art.1305.º o demarca que traremos em vista.

²⁹ A *usucapio contra tabulas* também designada por, “usucapião contra o registo” é a hipótese em que o usucapiente actua contra a inscrição registal a favor do titular do direito. Distingue-se da usucapião extratabular (contrariamente ao que VASSALO DE ABREU faz notar quando utiliza ambas as expressões como sinónimas, cfr. «A «relação de coexistência» entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português», in *B.F.D. - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra Editora, 2009, p.32, ID., «Uma *relectio* sobre a acessão na posse (artigo 1256.º do Código Civil)», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra, nota 48, p.99) que ocorre quando não há qualquer inscrição em vigor no Registo e da usucapião tabular ou, como surge frequentemente, “usucapião segundo o registo” em que o possuidor é simultaneamente o titular inscrito. *Vide*, sobre esta distinção, MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do registo predial: terceiros para efeitos de registo*, Almedina, 2013, nota 88, p.73.

II. A USUCAPIÃO

1. Noção e enunciação dos pressupostos

A usucapião, a par de outros efeitos jurídicos da posse – o “efeito probatório” e a “protecção possessória” – consubstancia o denominado “efeito criador da posse³⁰”. Quer isto significar que através dela um possuidor qualificado³¹ pode adquirir a coisa objecto do direito de propriedade (*maxime*) ou outro direito real usucapível. É assim uma forma de aquisição originária de direitos, uma vez que o direito adquirido surge *ex novo* na esfera jurídica do possuidor independentemente do direito do anterior titular.

A usucapião, entre nós, vem prevista no art.1287.º do Código Civil³² cuja construção linguística não passa despercebida aos autores mais atentos que, logo, a criticam. Na verdade, o nosso actual sistema jurídico não admite a posse de direitos³³, tal como aquele preceito parece antever, mas tão-só a posse de coisas (em termos de um *ius in re*).

Para a sua verificação a lei exige o preenchimento de determinados pressupostos que enunciamos em apertada síntese: (1) a existência de uma situação de posse em nome próprio; (2) pacífica; (3) pública; (4) exercida sobre uma coisa em termos correspondentes ao direito de propriedade ou de outro direito real usucapível; (5) a manutenção de tal posse por certo lapso de tempo definido legalmente, variável consoante a natureza do bem (móvel ou imóvel); a registabilidade ou não do título ou da mera posse e demais características da posse (titulada ou não titulada, de boa ou má-fé); (6) e a necessidade de invocação, judicial ou extrajudicial, da usucapião pelo beneficiário³⁴.

³⁰ É a expressão utilizada por JEAN CARBONNIER (cfr. *Droit Civil*, T.3 - *Les biens (Monnaie, immeubles, meubles)*, *Thémis*, 16.^a ed. actualizada, PUF (presses universitaires de France), Paris, Junho de 1995, p.217 e segs, em especial p.225-227).

³¹ A posse pode revestir as mais variadíssimas modalidades. Pode ser pública ou oculta, pacífica ou violenta, de boa ou má-fé, titulada ou não titulada. Todas estas hipóteses configuram autênticas situações de verdadeira posse na acepção do art.1251.º. Porém, para que a «posse seja “digna” do direito a que conduz», na expressão de ORLANDO DE CARVALHO («Introdução à posse», in *Direito das coisas*, sob a coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, 2012, p.263), é essencial que se revista de certas características que a elevem a uma posse *ad usucapionem*. Tem de ser pública, pacífica, durável. Daí que no texto que antecede esta nota adjectivamos o possuidor de “qualificado”.

³² As disposições normativas doravante referenciadas pertencem, salvo indicação em contrário, ao Código Civil Português, que, no entanto, para todos os efeitos tomará a designação de C.C.

³³ Por contraposição ao que estabelecia o Código Civil de Seabra, datado de 1867, no seu art.474.º que rezava assim: “a posse é a retenção ou fruição de qualquer cousa ou direito.”

³⁴ DURVAL FERREIRA (*Posse e Usucapião*, 3.^a ed., Almedina, 2008, p.491) acrescenta um outro pressuposto para que a usucapião se possa verificar: a inércia imputável ao titular do direito. É porque este

Verificados, cumulativamente, os pressupostos da usucapião o possuidor adquire o direito correspondente à sua posse e o titular do direito, por seu turno, é dele despojado sem que se estabeleça, em seu favor, qualquer fórmula indemnizatória. E isto ganha maior sentido depressivo quando o anterior titular é ao mesmo tempo o titular registal (é o fenómeno, como já referimos, da usucapião contratabular).

2. Origem histórica e terminológica

A usucapião é uma figura romanística muito antiga (anterior à Lei das XII Tábuas na qual surge regulada) cujas bases ainda hoje se mantêm quase intactas entre nós e lá fora, nos sistemas jurídicos próximos do nosso. A expressão “usucapião”, derivada do vocábulo *usucapio*, significa “adquirir pelo uso” [*usus* (uso) + *capio* (aquisição)].

Na época romano-clássica (que decorre entre 130 a.C. a 230) para que a *usucapio* se verifica-se era necessário o preenchimento, cumulativo, dos seguintes pressupostos: cidadania romana; *possessio* de uma *res corpórea* e *in commercio*; *iusta causa* (título); duração da posse por um determinado período de tempo (dois anos nos imóveis e um ano nos móveis – tempo breve, mas compreensível fase à economia profundamente rural da época) e *bona fides* do possuidor no momento em que se iniciasse a posse.

A par desta figura, existia uma outra, de origem grega, designada por “*praescriptio longi temporis*” que, apesar de mais tarde vir a mesclar-se com a *usucapio*, inicialmente surgiu, tão-só, com o propósito de paralisar pretensões reivindicatórias por parte do proprietário que não houvesse reagido contra a posse contrária durante dez ou vinte anos, consoante vivessem ou não na mesma cidade. Este instituto não tinha, portanto, um efeito aquisitivo, mas antes extintivo de eventuais *actiones* propostas pelo proprietário inactivo. Com a fusão da *usucapio* com a *praescriptio longi temporis*, operada por Justiniano no *Corpus Iuris Civilis*, passaram ambas as figuras a constituir um modo de aquisição da coisa com base numa posse titulada e na boa-fé do possuidor. Fusão que no Código de Seabra deu lugar à “prescrição aquisitiva”, antecedente imediato da “usucapião” - termo utilizado no Código de Vaz Serra de 1966.

não agiu, em tempo útil, na defesa do seu direito, quando o podia ter feito (porque teve conhecimento atempado da posse contrária do possuidor ou, pelo menos, disso poderia ter tido conhecimento se para tal actuasse diligentemente), que verá tal prejuízo – da privação ou restrição do seu direito – ser levantado contra si.

Alterações posteriores vieram a decretar a dispensabilidade de *iusta causa* e de *bona fides* para *possessiones* de quarenta anos (mais tarde reduzidas a trinta anos), qualificadas em Roma por *longissimi temporis*. Situação que se manteve até ao ano de 528 em que Justiniano tornou a exigir a *bona fides* do possuidor, considerando indigno todo aquele que houvesse iniciado o exercício da posse de má-fé, isto é, com a consciência de que lesava um direito de outrem, ainda que a *mala fides* superveniente não prejudicasse o funcionamento da *usucapio*³⁵⁻³⁶.

III. DESENVOLVIMENTO DOS PRESSUPOSTOS GERAIS DA USUCAPIÃO DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS

1. EXISTÊNCIA DE UMA SITUAÇÃO DE POSSE

1.1. Afloramento do instituto da posse em geral

A noção de posse vem prevista no nosso Código no art.1251.º. Segundo este “a posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.” Esta definição não prima pelo rigor, o que não surpreende, tendo em conta que, “em direito civil toda a definição é perigosa³⁷.” Uma atenta e cuidada análise deste preceito suscita uma série de problemas e, com eles, dissemelhantes interpretações doutrinárias, a saber³⁸:

— Qual a estrutura da posse? De que elementos depende para a sua constituição?

³⁵ A boa-fé do possuidor não é actualmente requerida para fazer funcionar a usucapião. A posse de má-fé basta para o efeito, estando apenas dependente de um decurso maior do prazo. Era precisamente esta dispensabilidade da boa-fé do possuidor que separava o Direito Romano do Direito Canónico. Para este a prescrição aquisitiva não podia funcionar quando o possuidor estava de má-fé. Sobre este aspecto, cfr. SANTOS JUSTO, «A usucapião (Direito Romano e Direito Português)», in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n.º24, 2003, p.57 e segs.

³⁶ Para um desenvolvimento mais completo da origem histórica da usucapião, vide, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - III (Direitos Reais)*, Coimbra, 1997, p.73 e segs., ID., «A presença do Direito Romano no Direito Português: A usucapio» in *B.F.D., Colloquia - 11, Jornadas Romanísticas*, 2003, p.217 e segs., ID., «A usucapião (Direito Romano e Direito Português)», in *ob. cit.*, p.57 e segs e MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do registo predial... ob. cit.*, nota 87, p.71. Vide ainda MOREIRA ALVES, «A posse – do antigo Direito Português ao Código Civil Brasileiro», in *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, vol. LVIII, t., II, Coimbra, 1982, p.655-693.

³⁷ MENEZES CORDEIRO é bastante expressivo ao denotar as fragilidades desta definição, ao escrever: “não constitui surpresa a facilidade com que se pode refutar quase palavra por palavra toda a definição legal de posse”. Cfr. *Direitos Reais*, vol. I, Cadernos da Ciência e Técnica Fiscal, 1979, p.536.

³⁸ Estes problemas são referenciados por SANTOS JUSTO, «A base romanística do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)», in *R.O.A.*, 2009, ano 69, v. I/II, Lisboa, p.73-107, em especial p.100, consultável em www.oa.pt; MARGARIDA COSTA ANDRADE, *(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens imóveis no Direito Português*, Cadernos do CENoR, separata 1, Coimbra Editora, p.84.

- Qual a concepção de posse acolhida no nosso Código Civil?
- Qual o objecto da posse?
- Qual a natureza jurídica da posse?

Demarcados os principais problemas que o citado artigo legal levanta, cumpre analisá-los, tendo por certo que “...não há matéria que se ache mais cheia de dificuldades do que esta³⁹.”

De notar, porém, que estudar estas questões controversas de forma estanque e geral não se nos afigura, neste trabalho, o melhor método discursivo pelo que, ao invés optarmos por uma exaustiva decomposição do instituto da posse, realçando todos e, mais alguns, problemas que a este nível se colocam e que invadem as mentes inquietas dos grandes juristas que sobre eles mantem um olhar constante e impetuoso, debruçar-nos-emos, e a seu devido tempo, sobre aspectos que pela sua estreiteza com a figura da usucapião ganham particular relevância nesta sede, já que é ou, pelo menos, pretendemos que seja, esta a figura a ocupar o lugar central de toda a nossa exposição ulterior.

Toda a análise que faremos do instituto da posse tem em vista encontrar uma resposta para a seguinte questão: qual a razão (ou razões, evidentemente) pela qual a posse, materializada numa relação de senhorio de facto entre uma pessoa e uma coisa, que não raras vezes resulta de uma verdadeira intromissão ilícita na esfera de disponibilidade jurídica de outrem, quando prolongada no tempo e cumpridas certas exigências, possa conduzir à aquisição do direito a que o seu exercício corresponde? Dito por outras palavras e de uma forma mais geral: qual a justificação da protecção que a ordem jurídica atribui ao fenómeno possessório? (protecção esta, que se exprime, principalmente, na usucapião - arts.1287.º e segs - e na defesa judicial e extrajudicial da posse - arts. 1276.º e segs).

1.1.1. Noção de posse

A palavra “posse” denota na linguagem corrente a ideia de detenção material de um objecto. É, essencialmente, porque determinada pessoa toma pelas próprias mãos uma

³⁹ RUGGIERO citado por FERNANDO LUSO SOARES, *Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituto jurídico*, prefácio a MANUEL RODRIGUES, *A posse: estudo de Direito Civil Português*, 4.ªed. revista, anotada e prefaciada, Coimbra, Almedina, 1996, p.779.

coisa que o público em geral a reputa possuidora⁴⁰. A posse é, portanto, para os desconhecedores do Direito, o simples “ter”. Porém, no campo jurídico esta noção não pode assumir-se por conveniente. A posse para o Direito não corresponde tão-só e, necessariamente, à detenção material, física de uma coisa. Pode, na verdade, não se verificar esta detenção ou apreensão do objecto e, no entanto, haver posse⁴¹, como, pode, efectivamente, existir um poder de facto sobre uma coisa e não haver posse⁴². Ora, pelo que se vê, não é, exclusivamente, nem sequer, qualquer actuação física ou material de um sujeito sobre uma coisa que permite qualificar essa relação de possessória. É que o nosso legislador não aceitou a concepção objectivista de posse⁴³ consagrada em alguns códigos civis estrangeiros⁴⁴, segundo a qual a posse sobre uma coisa se adquire pela mera obtenção do poder de facto⁴⁵. Para que se possa falar em posse é necessário algo mais. É fundamental que esse poder de facto sobre a coisa, para além de ter de revestir uma certa estabilidade, seja acompanhado, necessariamente, de uma *intencionalidade específica*⁴⁶ que se concretize na intenção, por parte do detentor, de exercer sobre a coisa, como seu titular, o direito real correspondente aos poderes de facto exercidos, e não um mero poder

⁴⁰ Antes, ainda, de se averiguar se essa pessoa é ou não a verdadeira titular do direito. Neste sentido, PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.321. Em sentido contrário, sustentando que “na linguagem corrente a palavra posse é empregada muitas vezes como sinónimo de propriedade”, MOTA PINTO, *ob. cit.*, p.177.

⁴¹ É o que acontece no constituto possessório (cfr. arts.1263.º a) e 1264.º). Verifica-se nestes casos a aquisição *solo consensu* da posse, por desnecessidade de qualquer acto material ou simbólico de entrega da coisa. A hipótese tradicional consiste no acto por via do qual o possuidor transmite a posse, mantendo a mera detenção. [*vide* o Ac. do T.R.C., 17 de Outubro de 2006, (CARDOSO ALBUQUERQUE), in *C.J.*, n.º193, tomo IV, p.24 e segs]. Estas situações promovem a economia processual, pois evitam a circulação escusada da coisa. (FRANÇA PITÃO, *Posse e Usucapião: anotações aos artigos 1251.º a 1301.º*, Almedina, 2007, p.84). É o que se verifica, também, na sucessão na posse, onde a transferência da posse do anterior possuidor para os seus sucessores ocorre por mero efeito da lei (art.1255.º). Cfr. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, sumários das lições ao curso de 1966-67, Coimbra, p.103. Em ambos os casos a lei pressupõe o *corpus* independentemente da apreensão material da coisa. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.5 e 7.

⁴² Pensemos, quanto a esta última hipótese, nas relações fugazes, efémeras que se estabelecem entre uma pessoa e uma coisa.

⁴³ Que teve como expoente máximo IHERING.

⁴⁴ É esta a concepção consagrada no §874.º do Código Civil Alemão, cujo preceito determina que “a posse de uma coisa se adquire pela obtenção do poder de facto sobre essa coisa”. Igual concepção domina no Brasil (cfr.art.1196.º).

⁴⁵ Para a teoria objectivista a posse consiste, assim, no exercício voluntário de um poder de facto sobre uma coisa. Poder, este, que, obviamente tem de assumir uma certa estabilidade, não relevando, portanto, nesta sede, as relações fugazes com a coisa (como quando alguém, na sala de espera de um consultório, lê uma revista que aí se encontra), nem tão-pouco, um poder de facto exercido directa e imediatamente na dependência de outrem (servidores da posse) (V. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, nota 1, p.66).

⁴⁶ Referimo-nos a uma *intencionalidade específica*, enquanto *vontade especificamente constitutiva da posse*, e não grosso modo, de toda e qualquer manifestação de vontade. Na verdade, uma relação possessória para o ser, seja qual for a concepção de posse escolhida, precisa sempre de uma vontade. Sem vontade a relação de facto com a coisa não assume relevância jurídica. Não existe posse da pessoa quando estando a dormir alguém lhe coloca um objecto nas mãos. V. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.13.

de facto sobre ela. Só a conjugação deste dois elementos, o material ou empírico⁴⁷ e o psicológico-jurídico, mormente designados por *corpus* e *animus*, permite apelidar uma situação de possessória⁴⁸. É precisamente nisto que se traduz a teoria subjectivista de posse⁴⁹ que perfilhamos, embora não em estado puro. A subjectividade da nossa lei é contrabalançada por elementos objectivistas, pelo que, mais correctamente se deverá apelidar o nosso sistema possessório de subjectivista mitigado⁵⁰. A extensão da tutela possessória, por motivos de equidade, a casos em que não existe posse, por falta do *animus*, como sejam, a locação (1037.º/2), a parceria pecuária (art.1125.º/2), o comodato (art.1133.º/2) e o depósito (art.1188.º/2), traduz este apaziguamento.

Sublinhe-se que, segundo o nosso entendimento a posse não é um direito, mas sim uma situação de facto juridicamente relevante⁵¹. A defesa da tese de que a posse é um direito verdadeiro e próprio⁵² não é passível de se harmonizar com as soluções que a nossa

⁴⁷ O poder de facto exercido sobre uma coisa em termos de posse pode traduzir-se em efectivos actos materiais ou na possibilidade empírica dessa actuação.

⁴⁸ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse», in *loc. cit.*, p.267. No mesmo sentido, escreve, JEAN CARBONNIER, *ob. cit.*, p.220, “leur réunion est nécessaire, en principe, pour constituer la possession.” Na jurisprudência segue este entendimento, por exemplo, o Ac. do T.R.E, de 30 de Setembro de 2009, (ALMEIDA SIMÕES), consultado em *www.dgsi.pt*.

⁴⁹ Cujas construção dogmática se deveu à genialidade de SAVIGNY.

⁵⁰ Neste sentido, v. MARGARIDA COSTA ANDRADE, (*Alguns aspetos polémicos... cit.*, p.91; VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio...*» in *ob. cit.*, p.72. Também MENEZES CORDEIRO (*A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.ªed. actualizada, Almedina, 2014, p.64), apesar da sua clara visão objectivista do sistema, sufraga a opinião de que o actual «Código Civil português, pela ligeireza com que foi revisto acabaria por consagrar um sistema misto ou, melhor: sobreposto.»

⁵¹ Saber qual a natureza jurídica da posse é uma questão muito discutida na doutrina. Os autores, entre nós e lá fora, tem sustentado várias e desconcertadas opiniões. Não temos dúvidas, pois, que se trata de uma *vexata quaestio*, de tantas outras, que o complexo e controvertido instituto da posse compreende.

A posse é perspectivada de maneiras muito distintas: como uma **acção (processual)** – a posse seria um facto que permitiria o acesso aos tribunais, verificadas certas condições. É a posição a que está associado o nome de CARNELUTTI; como um **interesse legítimo** – este entendimento andaria ligado à função da posse como guarda avançada da propriedade. A posse seria protegida reflexamente, dada a necessidade de tutela da propriedade ou da paz social. É a posição de GENTILE; como um **direito subjectivo** – preconizam esta opinião: MANUEL RODRIGUES no âmbito do Código Civil anterior a 1966, *ob. cit.*, p.37; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.130; MENEZES CORDEIRO, *A posse... ob. cit.*, p.163-164; CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed, Quid Juris Sociedade Editora, p.279-286; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.84-87; MOTA PINTO, *ob. cit.*, p.127-129; PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou posses?*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p.72-73. Cumpre advertir, no entanto, que apesar de todos estes autores qualificarem a posse como direito, nem todos lhe atribuem natureza real. Para uma pormenorizada análise das concepções que, na doutrina nacional e estrangeira, foram ganho primazia v. MENEZES CORDEIRO, *A posse... ob. cit.*, p.159 e segs.

De notar, porém, que apesar de ser esta a tese manifestamente maioritária na doutrina, não é a que vinga na prática corrente dos nossos tribunais – a nossa jurisprudência, por via de regra, continua, nos seus arestos, a privilegiar a orientação contraposta segundo a qual a posse é uma situação de facto juridicamente relevante. (Cfr. VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio...*», in *loc. cit.*, p.106, nota 61).

⁵² Vária tem sido a argumentação dos autores que aderem a esta tese. MANUEL RODRIGUES (*ob. cit.*, p.38), logo no âmbito do Código Civil de Seabra, protagonizou a posse como um autêntico direito. Para ele a posse reúne todos os caracteres de um direito: “há um poder, há um interesse e há uma garantia jurídica – os

lei estabelece neste domínio. Consagra-se no art.1268.º uma presunção de existência do direito real correspondente à posse exercida. Ora, se a posse fosse um direito, teríamos um direito a presumir outro direito. Isto não tem qualquer sentido! Ademais, se a posse fosse um direito teríamos um direito a permitir a aquisição originária de outro direito (usucapião: arts.1287.º e segs). Mais uma situação que seria de estranhar no quadro comum do Direito das Coisas (são os direitos reais de aquisição que permitem a aquisição de outro direito). Surpresa haveria também, se ao admitir a posse como direito, este só merecesse protecção quando de boa-fé (arts.1269.º e segs), ou quando pacífico e público (arts.1267.º/2;1282.º; 1297.º; 1300.º/1). Saliente-se, juntamente, que soluções incoerentes

elementos do direito subjectivo.” Concretiza, o autor, este último elemento, afirmando que o legislador incumbido de regular o instituto da posse fê-lo organizando a sua defesa de forma especial – o possuidor está, assim, munido de vastos e específicos meios de tutela (arts.1276.º e segs). A posse é, para este autor, um direito a que lhe está associada a característica da realidade – trata-se de um direito real, porque é um poder directo e imediato sobre uma coisa e o seu titular tem o direito de exigir de todos os outros indivíduos uma abstenção. De frisar, porém, que em relação àquele primeiro elemento (a posse como um poder) opõe-se MENEZES CORDEIRO (“a posse não é um poder...ela compreende mais do que um poder e outras realidades que a poderes não são assimiláveis.”) na medida em que, para este autor, a própria definição de direito subjectivo como poder é errada e promotora de confusão. “Um direito subjectivo – explica o autor – compreende, no seu conteúdo, inúmeros poderes, conjuntamente com realidades jurídicas diversas, tais como expectativas e, até, deveres.” (v. *Direitos Reais*, *ob. cit.*, p.303, 535).

A MANUEL RODRIGUES foram juntando-se outros com idênticas opiniões. Referimo-nos a HENRIQUE MESQUITA (*ob. cit.*, p.84-88) e MOTA PINTO (*ob. cit.*, p.127-129). Para ambos a posse configura um verdadeiro *direito real* – porque, para além de, conferir um poder sobre uma coisa, é negociável [o possuidor pode ceder a sua posição pela tradição material ou simbólica da coisa ou, independentemente desta, como se verifica, por exemplo, no constituto possessório (art.1264.º) ou na *traditio brevi manu* (o nosso Código não faz referência expressa a esta figura, mas ela resulta dos princípios gerais)]; hereditável (art.1255.º); registável (art.2.º/1, al. e) do C.R.Pred. e o art.1295.º) e absoluto (é oponível *erga omnes*) – dotado, porém, da característica da *provisoriidade* – uma vez que, por um lado, é susceptível de conduzir à aquisição do direito a que corresponde, quando verificados os requisitos para a usucapião e, por outro, cessa com a reivindicação vitoriosa da coisa, porque accionada antes de consumado o prazo para a usucapião, por parte do titular do direito real.

Também, CARVALHO FERNANDES (*ob. cit.*, p.283) qualifica a posse como *direito real de gozo*. Razões no campo formal são por, pelo autor, avançadas para demonstrar que a posse configura um direito real: o tratamento legislativo da posse integra o Livro III em paralelo com outros direitos reais e a regra de conflitos de leis no espaço do art.46.º refere a posse ao lado dos demais direitos reais. Ademais, refere que, a nossa lei civil tutela interesses autónomos do possuidor (interesses autónomos que, no entanto, como já referimos, podem ter que cessar se o titular do direito real correspondente vier triunfantemente reivindicar a coisa) que se fazem sentir ao nível do uso e fruição de uma coisa – nota própria dos direitos reais.

De notar, porém, que há uma facção doutrinária que, apesar de reconhecer a posse como um *direito subjectivo*, todavia, *nega-lhe o carácter real*. Adere a esta opinião OLIVEIRA ASCENSÃO por entender que faltam na posse características essenciais da realidade, como sejam, a inerência e a absolutização – o possuidor só pode, nos termos do disposto no art.1281.º, dirigir-se contra certas pessoas em relação às quais se verifique um vínculo particular, pelo que a posse “funciona como direito relativo”. (*Direito Civil: Reais*, *ob. cit.*, p.130 e segs., v. também do autor para complementação, «Propriedade e posse. Reivindicação e reintegração», in *Revista Luso-Africana de Direito*, vol. I, Lex, 1997, p.9-22, em específico, os pontos 8 e 9, p.13 e 14). Note-se, no entanto, que no domínio do Código de Seabra OLIVEIRA ASCENSÃO não se oponha à classificação da posse como direito real, tendo em conta que o então art.504.º permitia a acção de restituição da posse contra qualquer pessoa. Estava assim denunciada a característica da sequela.

resultariam se se consentisse que um direito pudesse ser adquirido por usurpação⁵³ ou, por acto inválido e até inexistente⁵⁴⁻⁵⁵.

Ao dizer-se que a posse é um direito subjectivo, confunde-se a posse, enquanto fenómeno juridicamente autónomo, com o direito à sua defesa judicial em consequência da tutela que à mesma posse é conferida que, se traduz simplesmente no direito de acção, no sentido de recorrer aos Tribunais quando tal relação de facto seja ameaçada ou perturbada e, com o objectivo de a manter ou restituir⁵⁶⁻⁵⁷.

A posse não é um direito e “*não só não é um direito, como, em certa medida, é um antidireito, algo que é a negação do direito*”⁵⁸.

Ademais, pergunta-se: se a posse fosse um direito seria um direito a quê? Ora, seria, quanto muito, um direito a realizar um poder de facto físico ou empírico sobre uma coisa. Com LACRUZ BERDEJO⁵⁹, seria “o derecho a seguir teniendo” e “el próprio derecho a la tenência.” Mas como é que se pode assumir, logo, sem mais, que o possuidor é titular dum direito (a deter e continuar detendo)? A premissa de que a posse é um direito, só poderá levar-nos a concluir que o possuidor tem efectivamente um direito e, isto, sem qualquer fundamentação⁶⁰! Ora, a posse existe quando se verifica uma relação de senhorio de facto físico ou empírico com uma coisa com uma intencionalidade específica em termos jurídico-reais. E essa relação é posse, sendo indiferente se lhe corresponde ou não o direito espelhado.

⁵³ Por exemplo, por aquisição paulatina – art.1263.º/1, al. a); inversão do título (arts.1263.º, al. d) e 1265.º); ou, por esbulho – arts.1276.º e segs.

⁵⁴ Por exemplo, através de coacção física ou moral.

⁵⁵ Sobre os argumentos aditados em prol da rejeição da tese que classifica a posse como direito *vide*, ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.270. VASSALO DE ABREU serve-se igualmente do ensino deste autor para demonstrar a incongruência em classificar a posse como um direito, assumindo-a, antes, como um poder de facto juridicamente relevante. («*A relectio...*» in *loc. cit.*, p.106, nota 61).

⁵⁶ *Vide*, DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.74.

⁵⁷ No mesmo sentido, propondo que não se deverá confundir a posse e o direito à sua protecção, *vide* GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA/ SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO, «Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol.98, 2003, p.85, quando a propósito da qualificação jurídica da posse dizem que esta “é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à protecção da posse sem que a posse esteja fundada num direito.”

⁵⁸ ORLANDO DE CARVALHO citado por SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p.172. A existência de posse contrária durante um determinado período de tempo e, verificadas que estejam certas circunstâncias, provoca a extinção do direito real pertencente ao verdadeiro titular. Nisto se concretiza a faceta negativa da usucapião (por contraposição à faceta positiva, donde resulta a aquisição do direito por parte do possuidor).

⁵⁹ Citado por DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.74.

⁶⁰ É esta a via de fundamentação utilizada por DURVAL FERREIRA, *ibidem*, p.75, para demonstrar a petição de princípio em que se funda o pensamento de LACRUZ BERDEJO.

Para além do que foi dito, como escreveu MANUEL RODRIGUES⁶¹, “ a própria natureza da posse é contrária à ideia de direito”, porque “não há direito que não seja moral, que não seja justo” e “a posse é muitas vezes o efeito do dolo, da violência, da injustiça portanto⁶²⁻⁶³”.

A posse conforma, antes e, melhor, um poder de facto exercido sobre uma coisa a que a lei, todavia, atribui certas consequências jurídicas, configurando-a até como autêntica fonte de direitos⁶⁴⁻⁶⁵.

A posse não se confunde com a propriedade⁶⁶. Para a linguagem jurídica, ser possuidor não é a mesma coisa que ser proprietário. A posse pode apresentar-se em duas situações fundamentais: integrada no direito de propriedade (ou noutro direito real) como um dos modos deste se manifestar ou, abstracta e autonomamente considerada, em si, como um valor independente do direito⁶⁷⁻⁶⁸. Mais precisamente, a posse pode definir-se como o poder de facto sobre uma coisa, que pode coincidir ou não com o poder de direito (*maxime* a propriedade). Referir-mo-nos, neste aspecto, à usual classificação entre posse causal e posse formal⁶⁹. Enquanto aquela é expressão do direito em que se funda e, portanto, a sua tutela está integrada na protecção que é devida ao direito real a que corresponde; esta, por sua vez, surge desacompanhada do direito e, como tal, a sua tutela é autónoma. Diz-se formal, pois só na forma a posse evidencia o direito. Ora, é precisamente

⁶¹ *Ob. cit.*, p.34.

⁶² Pense-se naquelas hipóteses em que o possuidor o é pelo facto de ter adquirido a posse por usurpação.

⁶³ Daí que nem sempre a lei protege a posse: ela em certos casos cessa perante a reivindicação.

⁶⁴ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.269; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.74.

⁶⁵ Neste sentido também se pronunciou ALBERTO DOS REIS (citado por MOITINHO DE ALMEIDA, *Restituição de posse e ocupação de imóveis*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 2002, p.35) quando, depois de afirmar que a posse é o fundamento de direito de todos os interditos possessórios, reconheceu-a como *facto* que, todavia, produz efeitos jurídicos e é protegida pela lei.

⁶⁶ É comum, assinalar-se, a distinção entre propriedade e posse através da decorrência da primeira ao campo do direito e a relevância da segunda no plano factual. Cfr. sobre este aspeto, ANTONIO HERNANDEZ GIL, *ob. cit.*, p.8, segundo o qual «la possession es de hecho lo que la propiedad es de derecho» e também JEAN CARBONNIER, *ob. cit.*, p.218, que afirma, «...la propriété étant le droit, la possession est la fait.»

⁶⁷ Cfr. ANTONIO HERNANDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 7 a 13, em especial p.8.

⁶⁸ Quanto a esta última hipótese, em que a posse surge desacompanhada do direito, pense-se no caso do ladrão que detém o objecto roubado: ele é possuidor, não é proprietário. Ou no caso em que alguém usurpa uma parcela de terreno ao seu vizinho: o usurpador tem posse mas não tem a propriedade. Ou ainda, a venda de um imóvel pelo não-proprietário: esta venda não transfere a propriedade ao comprador, mas tão-só, a posse, tendo em conta que este passa a exercer poderes de facto sobre a coisa, objecto do negócio. Cfr. JEAN CARBONNIER, *ob. cit.*, p.218 e 219.

⁶⁹ Sobre a distinção entre posse causal e posse formal v. PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.232-233; PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.322; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.280; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.127; MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.85-86.

esta posse formal que o art.1251.º pretende referenciar quando utiliza a expressão “...*por forma correspondente*...”. Este fragmento da noção de posse denota que as situações que aqui obtêm abrigo são aquelas em que o possuidor actua de forma parecida com o exercício do direito real, isto é, actua *como sendo* o titular do direito correspondente a tal exercício, ainda que o não seja, e até, de tal sendo consciente⁷⁰. Por certo, “quem não possa exercer algum daqueles direitos, por não ser dele titular, só pode actuar *por forma correspondente* ao seu exercício⁷¹”. O que se tutela nesta norma é, portanto, uma aparência do direito⁷². E “a aparência vale como realidade para o efeito de determinar se o é ou não⁷³”. Pelo que, se compreende que o possuidor formal tenha na sua posse a via para ver tutelada a sua posição jurídica – a posse é, na verdade, o único meio que o possuidor formal tem para ver protegida a sua actuação sobre a coisa. Em caso de dúvida sobre a efectiva titularidade do direito a lei protege imediatamente, ainda que de modo provisório, o aparente titular, por a este poder corresponder o direito⁷⁴. O possuidor causal, ao invés, por estar investido igualmente no direito, pode sempre invocar este e, assim, obter a protecção que anseia⁷⁵.

⁷⁰ V. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.27.

⁷¹ Citamos PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.244.

⁷² Não temos dúvidas quanto à autonomia e protecção da posse (formal) como aparência do direito, que normalmente o é, mas não podemos deixar de nos sentir desconfortadas em relação aos casos em que a posse é exercida vitoriosamente contra o direito, designadamente quando este último se encontra registado a favor do titular do direito. Analisaremos os precisos termos onde isto ocorre, adiante.

⁷³ A frase assinalada entre aspas referida no texto é da autoria de CASTRO MENDES, in *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012, p.138.

⁷⁴ Na verdade, como explica JEAN CARBONNIER, *ob. cit.*, p.218, “a maioria dos proprietários são ao mesmo tempo possuidores...eles têm um direito e exercem-no efectivamente. Reciprocamente, a maioria dos possuidores são, na realidade, os proprietários, que simplesmente invocam a posse porque a sua prova é mais fácil do que a da propriedade.”

⁷⁵ Ainda que mais difícil e morosamente, por a prova do direito assim se revelar (mais difícil e morosa). Isto não quer significar que o possuidor causal não possa socorrer-se dos meios de defesa da posse. Evidentemente que pode! Mas quando o faz invoca a sua posse causal como se fosse formal, isto é, abstrai-se da titularidade do direito real que lhe corresponde (cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.269). E percebe-se porquê. Com os meios de defesa da posse vemos tutelada a posse independentemente de lhe corresponder ou não o direito real. A protecção possessória abstrai da questão da titularidade do direito (a ordem jurídica atribui efeitos à posse mesmo antes de averiguar se o possuidor é ou não o titular do direito a que a posse corresponde. V. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.75. Do mesmo autor, *vide* «Propriedade e Posse. Reivindicação e Reintegração», in *loc. cit.*, p. 11) Ora, se assim é, como é que o possuidor causal através dos meios de defesa da posse poderia ver igualmente defendido o seu direito? Dizer-se, com ANDRÉ DIAS PEREIRA («Tutela possessória das servidões», in *B.F.D.*, vol.76 (2000), Coimbra, p.489) que os meios de defesa da posse são um meio expedito de defesa do direito real não nos se afigura correcto. O lançar mão daqueles meios apenas permite ao possuidor causal ver defendida a sua posse, enquanto categoria jurídica independente do direito e, não a posse como faculdade contida no direito. (Sobre esta questão seguimos de perto o ensinamento de VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio*...» in *loc. cit.*, p.93, nota 38).

1.1.2. Fundamento da tutela possessória

Atentos os arts.1276.º e segs dedicados à defesa da posse, não emergem dúvidas de que a posse é, com efeito, tutelada pela lei. Caso o possuidor seja ameaçado, perturbado ou efectivamente esbulhado na sua posse a ordem jurídica faculta-lhe as acções judiciais necessárias tendentes a manter ou a restituir a sua posição. A questão está, porém, em saber por que é que a lei o faz? Qual a razão justificativa para que o Direito ampare e proteja uma situação meramente factual que, não raras vezes, se constrói em clara violação da lei, nomeadamente, porque o possuidor se arrogou de uma coisa que não lhe pertencia, por exemplo, por usurpação? Adiantamos já que, as respostas que estão associadas a esta questão não são únicas e estanques – muito embora estejamos perante um instituto [o da posse] muito antigo e universal⁷⁶ – relevam-se, ao invés, variadas num jogo que, muitas vezes, se diz de complementação.

Inúmeras foram, pois, as teses construídas pela doutrina com o objectivo de encontrar uma justificação plausível para esta interrogação. Deve-se a IHERING⁷⁷ a sistematização das mesmas através do seu agrupamento em teorias absolutas e teorias relativas. Ordenação que, ainda hoje, é utilizada pelos autores⁷⁸ como forma esquemática de referenciar tudo aquilo que, sobre o assunto, se tem dito.

As teorias absolutas buscam o fundamento da tutela possessória no próprio instituto da posse. A posse, para esta corrente, assume-se como uma categoria independente merecedora, por si, de protecção jurídica autónoma. As teorias relativas, por sua vez, reconhecem tutela à posse, mas apenas como via de, adequadamente proteger outros institutos ou direitos que com ela se relacionam e, que, sem ela, não poderiam ser eficazmente exercidos. É dentre estas últimas que IHERING propõe a sua análise. Para este autor a protecção possessória não tem fundamento na própria posse, mas antes como complemento necessário à protecção da propriedade. IHERING via na posse a “guarda avançada da propriedade.” Sendo a prova do direito extremamente complicada, a posse concedia, ao proprietário, uma tutela mais fácil e expedita daquele, porquanto permitia a sua demonstração exterior. O possuidor era, assim, presuntivamente o proprietário. A

⁷⁶ Como faz notar HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.80.

⁷⁷ *Sobre o fundamento da protecção possessória*, tradução de JOSÉ GONZÁLEZ, Universidade Lusíada Editora, 2007, p.14 e 15.

⁷⁸ *Vide*, MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p.47-50; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.105-109; PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.251-252; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.80-84.

crítica a esta doutrina é perceptível – a posse não é uma situação de facto exclusiva do direito de propriedade. Para além do mais, a dependência da posse à propriedade não pode, hoje, admitir-se no quadro legislativo em vigor: ao lado da protecção conferida, pela lei, à propriedade (arts.1311.º e segs) surgem normas específicas de protecção da posse (que já a início destacamos). Não pode, pois, admitir-se que a posse só existe enquanto existe a propriedade ou, mais corretamente, o respectivo direito real. A posse é uma situação de facto autónoma do direito porque a sua tutela é independente do direito, abstrai do direito e, pode mesmo, sobrepor-se ao direito. Mas ela aparenta, presume⁷⁹, “vivifica o direito real⁸⁰”, pelo que, apesar de a sua protecção não estar dependente do direito, encontra neste ou, melhor, na sua aparência, um dos seus fundamentos. É porque o possuidor se reputa, em face dos demais, titular do direito que a ordem jurídica lhe confere protecção. Protecção esta que assume, tão-só, carácter provisório, ainda que imediato. A lei quer assegurar a paz jurídica⁸¹, e, para isso atesta o possuidor dos meios de defesa necessários para reprimir qualquer acto de violência que se ergue contra a sua posição sobre a coisa, sem, no entanto, prejudicar a resolução definitiva do caso⁸², e, assim, sem impedir o eventual verdadeiro titular de recuperar a posse de que, injustamente, tenha sido desposto⁸³.

Saliente-se que, contrariamente àqueles que, como IHERING, viam na posse uma garantia de protecção da propriedade, tendo em vista, deste modo, conferir ao possuidor o próprio domínio sobre a coisa, entendemos que, ao tutelar a posse o que se pretende, antes de mais, é assegurar o poder de facto existente na esfera do possuidor por este se reputar socialmente o efectivo titular. Queremos com isto dizer que, apesar de a posse fazer presumir a titularidade do direito real, ela não é protegida para melhor proteger o direito real que representa, mas sim para proteger o poder de facto em que ela própria se analisa e, que, em tudo, a faz crer corresponder ao direito, ainda que este não seja possível alcançar

⁷⁹ Cfr. o art.1268.º/1.

⁸⁰ Citamos GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIROMAHA/ SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO, *ob. cit.*, p.81.

⁸¹ Evitando a autotutela dos direitos. Situação que, na verdade, só é permitida pela ordem jurídica em casos excepcionálísimos (cfr. arts. 336.º e 337.º).

A tese segundo a qual a posse era protegida para evitar atos de violência contra o possuidor ou contra a ordem pública era protagonizada, respectivamente, por SAVIGNY e RUDORFF. Sobre esta questão v. mais aprofundadamente MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.106-107.

⁸² Razões de segurança jurídica são as que se encontram na base da protecção do titular do direito contra quaisquer invasões de terceiros na sua esfera de domínio.

⁸³ Neste sentido, *vide* GABRIEL GARCIA CANTERO, «Les différentes fonctions de la possession en droit privé», in *European Review of Private law*, vol.6, n.º4, 1998, p.370.

por não ser uma posse *ad usucapionem*. A questão de saber se a posse é usucapível é ulterior ao seu fundamento. Não se tutela a posse porque ela conduz à aquisição do direito através da usucapião, mas porque ela aparenta/presume o direito. E esta aparência merece a cuidada tutela, desde logo, porque confina, em si, com o valor da realidade jurídica. Averiguar, a cada momento, primariamente, se essa aparência corresponde ou não a essa realidade, isto é, à efectiva titularidade do direito, traduzir-se-ia num entrave grosseiro ao tráfico jurídico. Pelo que, quando alguém exerce sobre uma coisa poderes correspondentes ao exercício de um direito real, a ordem jurídica permite-lhe que os continue a exercer, pelo menos em termos provisórios, em prol dos valores de continuidade e organização que a posse, em si, realiza, exaltando a necessidade de proteger a confiança dos terceiros que não contavam com a divergência entre a titularidade jurídica e a realidade fáctica. Para além do mais, a actuação do possuidor sobre a coisa constitui, por si, uma apreciação, economicamente considerada, das suas utilidades, gerando, por meio disso, a satisfação das necessidades humanas sendo, desta forma, merecedora de regulação e protecção autónoma⁸⁴.

1.2. Posse “prescricional” ou “boa para usucapião” - características particulares

A posse é o primeiro e o angular pressuposto da usucapião. Para se iniciar a usucapião de um bem, é necessário possuí-lo. Se não existe posse jamais a usucapião poderá vingar. A posse para efeitos de usucapião parte da noção de posse prevista no art.1251.º a qual tem de revestir certas características particulares que a elevam a “posse prescricional” também, correntemente, designada, “posse boa para usucapião”.

Vamos, de seguida, analisar autonomamente cada uma destas características.

1.2.1. Posse em nome próprio. Distinção com a posse em nome alheio ou detenção. Relevância do *animus* possessório como factor diferenciador.

A primeira dessas características prende-se com a actuação da posse em nome próprio. Para que a posse seja boa para usucapião tem de ser exercida em nome próprio, isto é, só quem exerce, sobre uma coisa, poderes de facto no seu próprio e exclusivo interesse poderá aspirar à aquisição do direito real cuja relação factual representa. É essencial que quem actua sobre a coisa queira afirmar-se como titular desse direito (ainda

⁸⁴ A teoria do valor económico foi formulada por STAHL à qual aderiu MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 109.

que não o seja e até de tal sendo consciente⁸⁵). E isto quer para a teoria subjectivista quer para a objectivista. Embora estas teorias construam a estrutura da posse sobre paradigmas diferentes, quer uma quer outra baseiam a posse *ad usucapionem* no exercício em nome próprio do domínio de facto.

Para a teoria subjectivista a existência de uma situação de posse depende de uma relação material com uma coisa, em nome próprio, acompanhada de uma intencionalidade específica em termos de direito de propriedade ou de outro direito real. O *animus subjectivo* corresponde a uma *vontade especificamente constitutiva da posse*, porque caracterizada por uma *intencionalidade específica* em termos jurídico-reais. É a intenção concreta, real e subjectiva que o sujeito tem, e que determina a sua conduta sobre a coisa. O *animus* é um elemento da posse autónomo, mas a sua junção com a relação material (o *corpus*) é necessariamente indispensável para que a posse exista. “É o *animus* que empresta sentido possessório ao elemento material, que o eleva a posse enquanto o acompanha, e o deixa em detenção se o abandona⁸⁶”. Esta concepção parte, assim, da mera relação de detenção que só é elevada a verdadeira posse quando acompanhada do *animus*. “Deve-se, para ser possuidor, não ter apenas a mera detenção, mas antes querer tê-la⁸⁷”. Se, quem realiza o senhorio de facto sobre a coisa, não anseia, no seu íntimo, este “querer intencional”, de se configurar como titular do direito real respectivo, seja porque ao exercer o poder de facto sobre a coisa o faz *sem intenção de agir como beneficiário do direito* (art.1253.º a))⁸⁸, ou porque simplesmente se aproveita da *tolerância* do titular do

⁸⁵ Como acontece com o ladrão.

⁸⁶ A frase por nós citada no texto pertence a MANUEL RODRIGUES, *ob. cit.*, p.73.

⁸⁷ SAVIGNY citado por MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.24.

⁸⁸ Consagrados nesta norma estão, assim, os *actos facultativos*, que já no Código de Seabra mereciam especial destaque no §1.º do art.474.º como forma de os diferenciar da posse (v. CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.186). Trata-se de casos que, pela inércia do titular do direito real, seja de aproveitar-se de certas vantagens que sobre o seu direito recaem (é comum mencionar como exemplo desta hipótese, o caso em que o proprietário do prédio inferior se aproveita das águas que do prédio superior escoam para o seu, por o titular deste último delas não tirar partido), seja por não praticar certas faculdades que do próprio conteúdo do seu direito imanam (é o exemplo paradigmático do proprietário de um prédio urbano disfrutar de vistas sobre o terreno vizinho, simplesmente porque este não levantou aí qualquer tipo de edificação), permitem que outrem, respectivamente, as aproveite e delas beneficie enquanto aquela inércia se mantiver. Ora, se assim é, o beneficiário destas vantagens ou faculdades jamais poderá aspirar a uma verdadeira posse (ou direito definitivo) pois aquela situação extinguir-se-á logo que o titular do direito pretenda colher para si tais benefícios. Cfr. PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.9 e segs; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.68-69.

Este preceito ao mencionar que “são havidos como detentores ou possuidores precários os que exercem o poder de facto *sem intenção* de agir como beneficiários do direito”, reflecte a ideia de que para haver posse, enquanto relação, mais exigente que se estabelece entre uma pessoa com uma coisa, é necessário uma intenção (jurídico-real correspondente ao poder de facto exercido), sem a qual aquela relação é havida apenas como mera detenção.

direito (al. b))⁸⁹ ou, então porque actua *como representante ou mandatário do possuidor e, de uma maneira geral, possui em nome de outrem* (al. c))⁹⁰, não tem posse e, por conseguinte a sua actuação não poderá fundar uma aquisição mediante usucapião⁹¹⁻⁹². Nestas hipóteses, esse senhorio de facto não constitui uma autêntica situação de posse por falta do elemento psicológico (o *animus possidendi*), reconduzindo-se, tão-só, a casos de detenção. Nestes, o detentor ou possuidor em nome alheio ao exercer poderes materiais sobre o bem reconhece outrem como titular do direito real sobre ele, “possuindo” em nome desse titular. Há um interesse que se sobrepõe ao do detentor e, como tal, o exercício, sobre

É a referência expressa que, nesta alínea, é feita à intenção que mais dúvidas suscita de entre os autores objectivistas, e que desassossegados com essa menção “mil e uma voltas” dão à questão para lhe retirar o valor que intrinsecamente lhe está subjacente: o de que a intenção de exercer, como próprio, o direito real correspondente ao poder de facto exercido, é essencial para elevar uma pura relação de facto a uma situação de verdadeira posse. Para MENEZES CORDEIRO (*A posse...ob. cit.*, p.64-65), o legislador fez nesta alínea uma opção subjectivista, sendo a mesma objectivista nas restantes alíneas do mesmo artigo e, em geral, por todo o Código. Defende este autor que a alínea *a*) deste artigo contempla as hipóteses em que o poder de facto foi adquirido em termos tais que a própria lei afasta a posse, desde que a situação não caia nas restantes alíneas da norma. E uma vez que a alínea *c*) abrange muitas situações, reservada aquela ficam apenas os casos de exercício de poderes de facto sobre bens do domínio público (art.1267.º/1, *b*) e a sonegação dos bens pelo herdeiro (art.2096.º/2). OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.88) por seu turno refere que a alínea *a*) do art.1253.º se coaduna perfeitamente com a concepção objectivista, já que nela estão abrangidos os casos em que o agente declara que não quer ser possuidor. Há uma *intenção declarada* e, portanto, objectiva, por parte dos intervenientes de que não pretendem exercer o direito em nome próprio.

⁸⁹ Os actos de mera tolerância designam-se assim porque o titular do direito real, por motivos de parentesco, amizade ou boa vizinhança, tolera ou consente (expressa ou tacitamente) que outrem pratique certa *actividade excepcional* no âmbito do seu direito, reservando-se a faculdade de a qualquer momento por fim a essa mesma actividade. O titular do direito não pretende, portanto, conceder um direito ao detentor. Diz-se “actividade excepcional” para distinguir estes actos dos actos facultativos da alínea *a*) (estes, como vimos na nota anterior, assentam em faculdades contidas no próprio conteúdo do direito). (Cfr. PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.10). Ora, pelo que se diz compreende-se que os actos de mera tolerância não possam relevar em matéria de posse: o tolerante não pode ser prejudicado pela sua actuação benevolente e gentil se o beneficiário, abusivamente, venha arrogar-se um direito próprio. V. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.71, notas 1 e 2.

⁹⁰ Nestes casos há um título do qual não resulta um direito real susceptível de posse, mas que tão-só atribui ao beneficiário a detenção de coisas pertencentes a outrem. V. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.71; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.10-11.

⁹¹ O detentor só pode usucapir achando-se invertido o título de posse. A inversão do título, que supõe a substituição de uma posse em nome alheio por uma posse em nome próprio, por ocorrer por *oposição do detentor do direito contra aquele em cujo nome possuía* ou *por acto de terceiro capaz de transferir a posse* (art.1265.º e 1290.º). Esta inversão tem de efectuar-se “contra a pessoa em nome de quem detinha através de actos públicos dela conhecidos, ou cognoscíveis, sob pena de tal actuação não ter relevância jurídica, porque desconhecida daqueles que poderiam reagir a essa reclamada inversão do título possessório” (Citamos o exposto no sumário do Ac. do T.R.C. de 18 de Fevereiro de 2014, (ANABELA LUNA DE CARVALHO), consultado em *www.dgsi.pt*). HENRIQUE MESQUITA (*ob. cit.*, p.98 segs) autonomiza três elementos que têm de se verificar para que a inversão do título se dê. São eles: a prática de **actos positivos** (materiais ou jurídicos), **inequívocos** (reveladores de que o detentor quer actuar como titular do direito real sobre a coisa) na **presença ou com o conhecimento do possuidor**.

⁹² Nas hipóteses da alínea *b*) e *c*) do art.1253.º o detentor actua mediante uma autorização que para o efeito lhe foi concedida pelo titular do direito. Essa autorização dada pelo titular do direito ao beneficiário é impeditiva de posse colocando este na posição de detentor ou possuidor precário que não conduz à usucapião. V. Ac. do T.R.P., de 19 de Março de 2001, (LÁZARO DE FARIA), consultado em *www.dgsi.pt*.

a coisa, por parte deste tem de conciliar-se com esse interesse. Verifica-se, apenas, um *animus detinendi* que não é suficiente para fundar uma prescrição aquisitiva.

Para a teoria objectivista, por conseguinte, todo o poder de facto sobre uma coisa, desde que voluntário e estável, é posse. Nada mais, para além deste poder é exigido para se poder falar em posse. Deste modo, toda a relação material entre uma pessoa e uma coisa assume as vestes de uma verdadeira relação possessória que só perde esta classificação quando a lei assim o preveja, reduzindo-a a mera detenção. A teoria objectivista parte, então, da posse, que só é descaracterizada em detenção nos casos pela lei fixados. Donde resulta, que, para esta concepção, tanto há posse a título de direito real, como a título de direito de crédito e, tanto exercida em nome próprio como em nome alheio. O *animus objectivo* revela-se num puro acto de vontade sem qualquer qualidade específica. É um elemento imbricado no *corpus* (“o *corpus* é um facto da vontade”). Exterioriza-se, objectivamente (porque valorado à luz da consciência social) do próprio *corpus*⁹³. Para esta concepção, contrariamente ao que se passa na subjectivista, não é a vontade que releva para fundamentar a distinção entre posse e detenção, já que a vontade do possuidor é igual à do detentor. É, ao invés, à lei que cumpre esta função. Porém, também para esta concepção, só a posse exercida em nome próprio poderá conduzir à usucapião.

Pelo que se vê, estas teorias diferem quanto à qualidade do elemento intencional, mas não quanto à sua existência. A vontade é imperiosa em ambas as concepções para apelidar uma relação de possessória. Sem vontade a relação de facto com a coisa não assume relevância jurídica. Sem vontade não há relação possessória⁹⁴. Para o sistema subjectivo, o elemento volitivo assumirá uma intencionalidade qualificada como específica; para o objectivo, a intenção não tem de ser qualificada especificamente.

É nesta distinção entre posse em nome próprio e posse em nome alheio (detenção) que ganha especial relevo a diferença entre as concepções subjectivista e objectivista de posse⁹⁵. Enquanto, para esta, qualquer contacto com a coisa, desde que voluntário e estável, é protegido pelos meios de defesa da posse e, portanto, quer a posse em nome

⁹³ DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.165.

⁹⁴ No seguimento do que se diz surge RUI GERALDO CAMARGO VIANA, citado por GIGELA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA/ SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO, in *loc. cit.*, p. 83-84, nota 59, ao afirmar que “dizer que a posse não tem elemento subjetivo é uma tolice. No fundo as divergências entre Von Ihering e Savigny são mais aparentes do que reais. Na realidade, ambos têm esse elemento volitivo.”

⁹⁵ Pese embora, como vimos, esta distinção, encontra-se no nosso Código esmaecida, por a lei estender a tutela possessória a casos de mera detenção.

próprio, quer a posse em nome alheio constituem autênticas situações de posse; para a teoria subjectivista, em princípio⁹⁶, só os possuidores (em nome próprio) merecem essa protecção. Deste modo, serão possuidores para a teoria objectivista, e já não para a subjectivista, na qual receberão a qualificação de meros detentores, o locatário, o parceiro pensador, o comodatário e o depositário⁹⁷. Contudo, o que se diz somente releva para efeitos de defesa da posse, pois no que respeita à usucapião, como já fizemos notar, quer a teoria subjectivista, quer a objectivista exigem que a posse seja exercida em nome próprio em termos jurídico-reais, isto é, que o poder de facto seja acompanhado de um *animus* com uma intencionalidade específica real⁹⁸⁻⁹⁹.

1.2.2. Posse pacífica

A posse pacífica, segundo o art.1261.º/1, “é a que foi adquirida sem violência”. Considerando-se violenta, nos termos do n.º2, “quando, para obtê-la, o possuidor usou de coacção física, ou de coacção moral nos termos do artigo 255.º”. Atenta esta remissão detectamos que o art.255.º apenas se refere à coacção moral encarando esta como o receio de um mal com que o coacto se vê ameaçado como o fim de obter dele uma declaração conforme a vontade do declaratório, afastando, porém, desta noção, no n.º3, a ameaça lícita (porque relacionada com o exercício normal de um direito¹⁰⁰) e o temor reverencial¹⁰¹. Quanto à coacção física o art.1261.º remete-se ao silêncio. É comum referenciá-la como a situação de completa ausência de liberdade por parte do coagido. A sua vontade é

⁹⁶ Há casos de mera detenção a que a lei atribui, contudo, os meios de tutela previstos para o possuidor (arts.1037.º/2; 1125.º/2; 1133.º/2; 1188.º/2).

⁹⁷ A posse destes não afasta, para a teoria objectivista, a posse do titular do direito real em cujo nome ou interesse actuam. Aqueles têm uma posse imediata, este, uma posse mediata. (Cfr. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.67, nota 2).

⁹⁸ O *animus* que assume relevância nesta sede é o *animus possidendi* que se distingue do *animus domini* (já que a propriedade não é o único direito susceptível de posse) e do *animus sibi habendi* (a intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio). Importante é também não confundir o *animus* com a convicção de ser titular do direito. Com efeito, o possuidor de má-fé não tem esta convicção e, todavia, tem posse, ainda que o seu regime lhe seja mais desfavorável (v. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.288). O *animus* é a intenção, e não a convicção, da titularidade do direito.

⁹⁹ Vide, HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.67, nota 1. Também MENEZES CORDEIRO (*A posse...ob. cit.*, p.29) faz esta advertência afirmando que, “o relevo prático da referência [ao *animus*] prende-se, contudo, mais à usucapião do que à defesa possessória: esta tem sido alargada à mera detenção.”

¹⁰⁰ É o que acontece “se a pessoa adquire a posse mediante a cominação de executar o possuidor para obter a entrega coerciva da coisa ou a indemnização respectiva.” Citamos PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.23.

¹⁰¹ Entendido este como o “medo de incorrer no desagrado ou desafeto de outrem, a quem se deve respeito, gratidão, etc.” Vide, MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito Civil*, 4.ª ed. p/ António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, p.534.

totalmente controlada por outrem¹⁰². Porém, a noção de coacção física em matéria de negócio jurídico (art.246.º) não se coaduna inteiramente com aquela que vale em matéria possessória. Para caracterizar a posse como violenta tanto se tem em conta a violência sobre as pessoas como a violência sobre as coisas¹⁰³.

A posse violenta é uma posse viciosa e, como tal, traz associada diversas consequências: é sempre considerada de má-fé (art.1260.º/3); o possuidor esbulhado com violência tem o direito de ser restituído provisoriamente à sua posse, sem audiência do esbulhador (art.1279.º); só a partir da cessação da violência começa a contagem da nova posse (art.1267.º/2) e, o mesmo se diga, relativamente à caducidade da acção de manutenção ou de restituição (art.1282.º) e, o mais importante, para o objecto do nosso estudo, não pode fundar aquisição de um direito mediante usucapião¹⁰⁴. Pretendeu-se, com esta última solução, “aproximar a posse *ad usucapionem* de um estado de facto que tenha a aparência do direito¹⁰⁵.” Deste modo, os prazos da usucapião só começam a contar a partir do momento em que cesse a violência (art.1297.º). É esta a solução legal. Ou seja, esta característica é uma característica não permanente, ela não marca para sempre a situação possessória. A lei qualifica-a em pacífica ou violenta em função do momento da sua aquisição; mas o carácter pacífico ou violento projecta-se depois no seu exercício¹⁰⁶. Apesar de a lei só parecer prever e regular a situação em que a posse obtida de forma violenta se torna, pelo seu exercício, em pacífica, também pode acontecer que uma posse adquirida pacificamente se torne violenta de modo superveniente. Imagine-se o ladrão que

¹⁰² Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.283.

¹⁰³ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.23; PEREIRA RODRIGUES, , *Usucapião: constituição originária de direitos através da posse*, Almedina, 2008, p. 26; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.300-301. No sentido de que a violência tem de exercer-se sobre as pessoas e não sobre as coisas: MENEZES COREDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.99; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.284. Quer um quer outro admitem a violência sobre as coisas, mas acrescentam que esta só é relevante quando se tenha em vista intimidar o possuidor. Escreve MENEZES CORDEIRO, “objecto da coacção é, sempre, uma pessoa ainda que, para isso, se ameace ou danifique uma coisa.” Na jurisprudência segue este sentido o Ac. do T.R.P., de 30 de Outubro de 2007, (ANABELA DIAS DA SILVA), consultado em www.dgsi.pt. Discordamos, porém, desta orientação. O objecto da coacção pode ser uma coisa e, é-o, definitivamente, quando não se conhece a identidade da pessoa, titular do direito sobre a coisa, nem a releva conhecer. Imagine-se que A, com a intenção de se tornar proprietário de uma casa alheia, arromba a porta de entrada e procede à sua ocupação. A identidade da pessoa proprietária desta casa não interessou para a aquisição de posse (violenta) por parte de A.

¹⁰⁴ Note-se que uma posse *sob violência* pode conduzir, com prazos mais longos, à usucapião. É a hipótese específica prevista no art.1300.º/2. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.284-285.

¹⁰⁵ A expressão entre aspas transcrita no texto pertence a DE MARTINO *apud* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.77-78.

¹⁰⁶ Cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.300-301.

surpreendido pelo dono do objecto furtado¹⁰⁷, usa de violência para se manter na posse da coisa. Relativamente a estes casos pensamos como MENEZES CORDEIRO¹⁰⁸ que o art.1261.º/2 deve ser interpretado latamente de modo a considerar violentas estas situações.

Por sua vez, como dissemos, uma posse adquirida violentamente pode passar a pacífica quando a coacção que lhe deu origem cessar. Relativamente a esta hipótese, pergunta-se: não se estará a favorecer, nestes casos, a violência, uma vez que aquele que mais facilmente adquire a posse violentamente pode depois exercê-la de forma pacífica e, assim, colher os benefícios da usucapião? Ao permitir que a posse violenta depois de cessada a violência, claro está, possa conduzir à usucapião não se está a deixar entrar pela janela aquilo que se quis proibir ao fechar a porta?! Ou seja, tem sentido dizer-se que uma posse adquirida com violência, quando convertida em pacífica, não afasta, por si só, a usucapião, apenas uma violência permanente e contínua trava completamente o efeito aquisitivo da posse? Não se deveria, antes, reprimir toda a violência quer a verificada inicialmente e depois cessada quer aquela que dura continuamente?

Uma resposta afirmativa a estas questões era a pretendida por DIAS MARQUES¹⁰⁹ na vigência do Código de Seabra. Segundo este autor a admissibilidade da usucapião a partir da cessação do vício tinha “o inconveniente de legitimar a violência e até de a fomentar.” Todavia, não foi esta a solução adoptada no nosso actual Código, que distanciando-se da tradição romanística¹¹⁰ inspirou-se nos direitos francês¹¹¹ e italiano¹¹². A violência com que uma posse se adquiriu pode findar e a lei dá relevo a essa dissolução, permitindo, por conseguinte, a sua relevância em sede de usucapião (art.1297.º). Qual a razão por trás desta orientação? Justificam os autores que quando a posse é adquirida com violência, mas convertida, no seu exercício, em pacífica, o esbulhado tem a possibilidade, a partir da cessação desse estado de violência, de agir para a restituição da sua posse e que, se não o faz, é porque implicitamente aceita que outrem possua a coisa, ou seja, a inércia

¹⁰⁷ O furto (art.203.º do C.P. Português), como se sabe, consiste na supressão de uma coisa móvel alheia sem violência (por contraposição ao roubo em que a violência da actuação é essencial para a própria caracterização do crime, art.210.º do citado Código).

¹⁰⁸ Vide do autor *A posse...ob. cit.*, p.99.

¹⁰⁹ *Prescrição aquisitiva*, vol. I, Lisboa, 1960, p.279 e segs.

¹¹⁰ O Direito Romano ia no sentido de nunca permitir a usucapião fundada em posse adquirida com violência. Vide MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.98, nota 206.

¹¹¹ O art.2233.º do C.C.F. reza assim: “os actos de violência não podem fundamentar uma posse capaz de operar a prescrição. A posse útil só começa quando tiver cessado a violência.”

¹¹² O art.1163.º do C.C.I. esteve claramente na origem do nosso art.1297.º. A identidade da formulação é reveladora disto mesmo, “a posse adquirida de modo violento ou clandestino não opera para a usucapião a não ser a partir do momento em que cessem a violência ou a clandestinidade.”

do proprietário é-lhe imputável. Esta justificação tem grande peso, mas parece-nos que outro problema se coloca, e que passa por saber quando é que esse estado de violência efectivamente termina? Isto é, é possível estabelecer uma fronteira rígida que separe, por um lado, a posse adquirida violentamente, e por outro, a posse exercida pacificamente? Ou melhor, é fácil, para os interessados aperceberem-se que a violência terminou para assim agirem em prol dos seus interesses lesados?

Os autores explicam que a determinação do momento em que a violência cessa é uma questão de facto e, que deve, portanto, ser ponderada tendo em conta as circunstâncias de cada situação concreta. O que importa, verdadeiramente, apurar nestes casos não é tanto saber quando é que terminaram os actos de violência física ou de ameaça moral exercidos sobre o coagido, mas sim e, principalmente, saber quando é que findou o *efeito* exercido sobre a vontade da vítima, se esta passou (ou não) a estar livre de manifestar a sua vontade sem que qualquer consequência indesejada pudesse verificar-se¹¹³.

Esta explicação está muito correcta, mas parece-nos que a sua averiguação na prática é de improbabilidade iminente. Saber quando é que cessou completamente o *efeito* da coacção sobre o coagido (o anterior possuidor e/ou titular do direito) é extremamente difícil. Para além do mais, não é absoluta a garantia de que a violência inicialmente praticada não volte a ser repetida. Na verdade, «a manutenção duma situação possessória desse tipo é tributária dessa repetição¹¹⁴».

Pese embora se verifique “uma mudança qualitativa muito clara, por parte da actuação do possuidor¹¹⁵” que traduza a cessação da violência, temos para nós que a violência é uma situação deplorável com que o Direito jamais deve compactuar. Admitir que alguém adquira, pela violência, a posse já é lamentável, permitir, então, que se adquira um direito real por usucapião fundada numa posse constituída com violência ultrapassa os parâmetros de razoabilidade que o Direito deve seguir na estruturação de um problema.

Contudo, não sendo esta a solução legal nem a defendida pela maioria da doutrina, que continua a dar importância à violência cessada, ao menos que, contra o possuidor violento jogue o ónus da prova, cabendo-lhe provar a cessação da violência que

¹¹³ Cfr., a este propósito, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.78-79; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.285.

¹¹⁴ Citamos MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.98.

¹¹⁵ A frase entre aspas pertence a MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.99.

deu causa à sua situação possessória e, conseqüentemente, à usucapião. Ao interessado cabe, porém, invocar e provar a violência¹¹⁶.

1.2.3. Posse pública

A posse pública, nos termos do art.1262.º, “é a que se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados.” A publicidade, prevista neste preceito, é uma característica relativa da posse, uma vez que, é no confronto com o anterior possuidor ou titular do direito que ela se revelará. Diferente é o requisito da publicidade que o art.1263.º exige para que se adquira a posse por aquisição paulatina¹¹⁷. Este é considerado em fase de todos aqueles que compõem o “círculo social¹¹⁸”.

Qual o momento determinante para que a característica pública da posse se revele: o momento da sua aquisição ou do seu exercício? A lei parece sugerir que o momento que releva para saber se a posse é, ou não, pública é aquele em que a posse “se exerce”, ou seja, o momento do seu exercício¹¹⁹. Porém, não é este o entendimento que a maioria da doutrina segue, advertindo que é o momento de constituição da posse, que, na verdade, releva para efeitos do art.1262.º¹²⁰.

Para a posse ser pública tem de haver, no nosso entender, uma utilização normal da coisa, em termos tais, que permita aos interessados tomarem conhecimento da situação de posse ou, pelo menos, dela se puderem aperceber, se para tal actuarem diligentemente¹²¹. A mera possibilidade de actuação sobre a coisa ou, por outras palavras, a

¹¹⁶ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *ibidem*, p.99.

¹¹⁷ Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.287; VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.75. Em sentido contrário, considerando que o requisito da publicidade do art.1263.º se confunde com a posse pública a que o art.1262.º se refere, *vide* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.26; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.97.

¹¹⁸ É a expressão utilizada por DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.160. HENRIQUE MESQUITA fala, a este propósito, de consenso público. (Cfr. do autor *ob. cit.*, p.96, nota 2).

¹¹⁹ Em sentido coincidente com os termos da lei, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.301.

¹²⁰ Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.286; VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.74.

¹²¹ Uma utilização normal da coisa que não permita o conhecimento ou, a sua possibilidade, pelos interessados não pode ter-se por posse pública. Quando se diz que a posse oculta é aquela que pressupõe um “comportamento tendente a *esconder* o objecto” e a prática de actos possessórios “em termos que não possibilitem o seu conhecimento pelos interessados” não nos parece que esta seja a única hipótese de posse oculta. Será oculta, também, a posse que, apesar de corresponder à utilização normal da coisa, não permita o conhecimento ou, a sua possibilidade, pelos interessados. O ladrão que furta o relógio e, o utiliza à vista de toda a gente, mas em zona de residência diferente daquela onde praticou o furto, fá-lo com publicidade, mas não tem posse pública. A sua posse não é cognoscível pelo dono do relógio. Quem possui um livro na intimidade da sua casa e, o utiliza como o faria quem não tivesse qualquer intenção de o esconder, fá-lo com publicidade, mas não tem posse pública.

posse jurídica ou não efectiva não permite a cognoscibilidade da situação possessória pelos interessados. Todavia, não se caía no erro de considerar que a posse efectiva é necessariamente pública, o *corpus* pode ser efectivo e, no entanto, os interessados não terem, nem poderem ter, dele conhecimento. Neste caso a posse constituiu-se ocultamente¹²².

No momento da aquisição originária da posse, o *corpus* tem de ser efectivo, mas isto não determinada que a posse seja pública, ela pode ser adquirida de forma oculta apesar de se fundar em actos possessórios efectivos. No momento da sua conservação (do seu exercício) essa efectividade não é exigida (a posse já se adquiriu e, por isso, basta a possibilidade de actuar de forma efectiva). Por exemplo, para adquirir a posse da água proveniente de fonte existente no prédio vizinho o agente serve-se dessa água como se fosse o proprietário (art.1389.º). Pode até extrai-la só durante a noite, para não despertar a atenção do vizinho, mas ainda assim, adquire a posse, embora com caracter oculto. Adquirida que esteja a posse, para a sua conservação basta a mera possibilidade de actuar, novamente, de forma directa sobre a coisa. Ou seja, ainda que o possuidor só utilize a água durante os meses de Verão, por destinar-se à rega das suas culturas, ele conserva a sua posse nos meses restantes do ano se nada o impedir de recomeçar a sua actuação directa quando o pretender.

Porém, uma posse adquirida ocultamente e que, no momento do seu exercício se mantém oculta (no exemplo, ele conserva a sua posse através da simples possibilidade de agir novamente de forma efectiva sobre a coisa, mas a posse mantém-se oculta se continua a pretender actuar durante a noite para não revelar a sua posição perante quem dela tenha interesse em conhecer) não deixa de ser posse, mas não é oponível a quem dela foi privado (só contra actos de terceiros que perturbem ou privam o possuidor da sua posição, pode este defender-se), para além de não poder basear a aquisição do direito real correspondente mediante usucapião (art.1297.º), pois aqueles que são afectados pela constituição dessa posse não puderam, por qualquer forma, conhecê-la. Já uma posse adquirida ocultamente, mas que depois de exerce de forma pública e, vice-versa (uma posse adquirida

Em sentido contrário, admitindo que estes casos pressupõem a característica pública da posse, *vide* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 24 e 25; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.288.

¹²² A ocultação dos actos possessórios não institui nenhum obstáculo a que a posse se adquira, apenas determina que tal posse, se esta situação se mantiver, não possa conduzir à usucapião (se a usucapião for um efeito possível dessa posse).

publicamente, mas depois transformada em oculta no seu exercício) é oponível ao anterior possuidor e poderá fundar a aquisição do direito mediante usucapião. Pelo que se vê, esta é uma característica não permanente. Adquirida ocultamente pode, no seu exercício, transformar-se em pública; adquirida publicamente pode depois ser exercida ocultamente. Percebe-se o porquê da usucapibilidade baseada nestas posses. Quer num quer noutro caso, embora em momentos diferentes, a posse é cognoscível pelo interessado. Este teve a possibilidade, ora num primeiro momento (o da aquisição), ora num momento superveniente (o do exercício), de conhecer a situação de posse que o afectava e, por conseguinte, essa posse é pública em relação a ele. No entanto, pergunta-se, naqueles casos em que a constituição pública da posse se efectua num momento instantâneo, e que posteriormente se desenvolve de forma oculta, será razoável admitir que os interessados tiveram a possibilidade de tomar conhecimento dessa posse, nesse momento fugaz e, assim, ficarem cientes da situação possessória que sobre uma coisa sua se desenvolve? Admitir que a posse constituída de forma pública, mas exercida ocultamente conduza à usucapião não é estar a desamparar os casos em que a aquisição da posse, apesar de pública, é tão instantânea que dificilmente alguém dela se aperceberá?

Se pressupusermos que a posse foi adquirida por aquisição paulatina, tal como o art.1263.º, al. a) a define, uma vez que esta forma de aquisição pressupõe um *pré-corpus* e um *pré-animus*, isto é, para se adquirir a posse deste jeito é necessário uma relação prolongada e estável com a coisa, não basta um só acto para a adquirir (como o próprio preceito estabelece, é necessária “uma prática reiterada”¹²³ dos actos possessórios), então entende-se que a posse chegue ou, seja susceptível de chegar, ao conhecimento dos interessados, e por isso, percebe-se que a posse adquirida publicamente, mesmo que depois exercida de forma oculta, conduza à usucapião. O interessado pôde aperceber-se, tão-só no momento da aquisição (por este pressupor um certo exercício) da posse que contra ele emergia.

¹²³ Como ORLANDO DE CARVALHO faz notar, “prática reiterada” não significa prática necessariamente contínua ou com uma periodicidade determinada nem sequer exige a repetição dos mesmos actos. “Prática reiterada” é coincidente com “a existência de intervalos regulares de harmonia com o ritmo da normal utilização do bem” e até “com interrupções do contacto com o objecto provocadas por circunstâncias anormais transitoriamente impeditivas dele – desde que não imputáveis a acto humano intencionalmente constituinte de um poder empírico antagónico ou conflituante com o que através dessa prática visa apossar-se da coisa”. “Prática reiterada” pressupõe uma “nota de estabilidade requerida pelo *corpus* da posse”. Cfr. do autor «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.294-295.

Mas o elenco do art.1263.º não é taxativo. As formas, nele, previstas não são as únicas possíveis para se poder adquirir a posse de uma coisa. Pode, na verdade, não haver uma “prática reiterada” e ainda assim adquirir-se a posse. Pense-se naqueles casos em que a prática de um só acto revela uma energia suficiente para fundar uma relação duradoura com a coisa. Por exemplo, a plantação de árvores ou a construção de uma vedação¹²⁴. Ainda assim, nestes casos, a solução é a mesma? Sobre um olhar supérfluo diríamos que não, o momento da aquisição da posse apesar de público foi efémero, e o seu posterior exercício oculto não permite a cognoscibilidade pelos interessados. Mas bem vistos os termos em que isto sucede, logo nos apercebemos que a resposta deve ser outra. Quando um só acto é capaz de, por si, adquirir a posse, ele traduz-se sempre em algo material, ou as árvores ou a vedação, *etc.* E, se assim é, ele é susceptível de ser visto pelos interessados. Dificilmente, nestes casos a posse se torna oculta.

Posto isto, entendemos que o momento que releva para qualificar a posse como pública ou oculta é o da sua aquisição. Uma posse será pública se constituída publicamente e, manterá esta classificação mesmo que o seu exercício se desenvolva de modo oculto. Uma posse será oculta se adquirida ocultamente. O que poderá, no entanto, ocorrer é uma alteração da característica, a posse que se adquiriu de forma oculta passa a exercer-se publicamente, “sendo sempre erróneo dizer-se que se adquiriu publicamente¹²⁵.”

A posse pública é a que, no momento da aquisição, se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados. Não teria sentido dizer-se que o momento relevante era o do exercício, pois neste está em causa a conservação da posse e, como vimos, para tal basta a mera possibilidade de actuação directa sobre a coisa (situação que não é susceptível de se exercer de modo a poder ser conhecida pelos interessados, isto é, de manifestar a relação de senhorio de facto com a coisa).

Temos, porém, muitas dúvidas quanto à relevância que é dada à posse oculta, ou melhor, à posse que era oculta mas que com a cessação do vício tornou-se pública e à posse que sendo adquirida publicamente exerce-se depois de forma oculta. Sendo a posse inicialmente pública ou transformando-se *a posteriori* em pública ela é susceptível de ser

¹²⁴ É comum os autores (cfr. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p,161) aludirem também à construção de um edifício como um acto isolado mas com intensidade suficiente para originar uma situação de posse. Parece-nos, contudo, que este tipo de empreitada já requer uma prática reiterada de actos possessórios materiais. Ao invés, a construção de uma vedação ou de muro pode ser feita num só momento e num só dia e, até só durante a noite.

¹²⁵ Citamos ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.286.

conhecida pelos interessados. Isto não está, nem se põe aqui em causa. O que se questiona é: por que é que a intenção de causar prejuízo ao anterior possuidor ou titular do direito com que o agente actua é corrigível? Por que é que se permite que a manifestação pública (quer inicial quer ulterior) da posse colmate aquela desonestidade? Por que é que a lei não estabeleceu uma presunção legal de má-fé para a posse oculta tal como fez para a posse violenta? Tal, obviamente, não obstará à usucapião, pelo menos no direito constituído, mas esta solução também não nos parece defensável.

1.2.3.1. Padrão de cognoscibilidade vs. conhecimento efectivo. O critério objectivo do Homem médio

A posse pública mede-se por padrões de cognoscibilidade (“...de modo a poder ser conhecida...”), não pelo efectivo conhecimento. A lei serve-se, semelhantemente ao que prescreve em sede de declaração negocial (art.236.º), do critério do Homem médio. Trata-se, portanto, de um critério valorado em termos objectivos, e não subjectivos. Assim, a posse é cognoscível e, portanto, pública, se um interessado, medianamente diligente e sagaz, colocado na posição do real interessado (designadamente, o titular do direito), dela tiver percepção.

1.2.3.1.1. Relevância actual da posse: o Homem Médio Actual

A sociedade actual é movediça, inconstante. O rumo da história repete-se: o homem deixa de se estabelecer num único local; deixa de ter habitação fixa, para novamente se tornar nómada, deslocando-se com frequência acentuada em busca de melhores condições (para garantir a sua sobrevivência). A emigração é uma situação corrente. A ligação aos lugares é passageira. O contacto com as coisas (principalmente, as imóveis por não se poderem “transportar às costas”) é efêmero, dura pouco. Também as relações interpessoais são precárias e superficiais. A quebra de contacto pessoal é evidente. Os vizinhos já não se conhecem. Todos estes dados são incontornavelmente marcantes da sociedade contemporânea e “nem o mais combativo dos juristas me disputaria este ponto¹²⁶.”

¹²⁶ Servimo-nos duma expressão pertencente a CASTRO MENDES, *O Direito de acção judicial*, Lisboa, 1957, p.5, que apesar de não ser utilizada neste contexto adequa-se perfeitamente ao que pretendemos denotar.

Nos dias de hoje e, tendo em conta todo o circunstancialismo que caracteriza a sociedade actual será correcto afirmar que uma posse juridicamente relevante é demonstrável e é pública? A posse, por si só, é hoje uma situação de facto visível, susceptível de os interessados dela terem conhecimento? Como encarar hoje a posse?

A noção primitiva da posse enquanto poder de usar/gozar directamente de uma coisa já não é compreensível actualmente. Hoje a civilização é mais complexa e, requer, portanto, a correspondente evolução jurídica. A posse já não requer um poder de facto material, físico sobre a coisa, basta-se com a possibilidade desta actuação, o que significa que o possuidor não tem de retirar da coisa as utilidades para que ela presta, nem sequer se exige que se mantenha perto da coisa. Se em tempos remotos “a propriedade e os demais direitos reais que se têm considerado susceptíveis de posse eram apanágio de poucos, *que se conheciam*”, (...) nos últimos tempos deu-se uma inversão, um fenómeno inteiramente novo (...): a propriedade, nomeadamente sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo, multiplicou-se, popularizou-se, democratizou-se, a tal ponto que os proprietários são aos milhares, mesmo aos muitos milhares. (...) Quem habita num andar quase não faz ideia de quem são os que ali moram no mesmo prédio (...), mesmo quando alguém conhece o seu vizinho não sabe se ele é o proprietário, o comproprietário, o usufrutuário ou o arrendatário, isto é, não sabe a que título possui e se no seu próprio nome, se no de outrem¹²⁷.” O desconhecimento dos titulares dos direitos reais, se estes têm ou não a correspondente posse, e neste último caso, de quem seja o possuidor, é generalizado.

Visto isto, não podemos deixar de ficar receosas quanto às situações que filiadas em comportamentos humanos repetitivos conduzam à aquisição do direito que espelham. Na verdade, se nos tempos actuais a posse surge caracterizada como uma situação nem sempre visível e permanente sobre uma coisa, mas a que corresponde, todavia, estatisticamente, o respectivo direito real, a ninguém é lícito ignorar este dado e assenhorear-se de coisa que não lhe pertencente (mesmo que aparentemente o bem esteja

¹²⁷ Citamos MOUTEIRA GUERREIRO que mantém uma opinião muito própria quanto ao instituto da posse e à sua relevância actual. Cfr. «Publicidade dos direitos reais – posse, registo e prova dos direitos» in *Scientia Iuridica*, n.º 310, 2007, p.309 e segs; «Posse ou registo?» in *R.O.A.*, ano 54, vol. II, Julho de 1994, p.707 e segs, consultável em www.oa.pt; «A posse, o registo e seus efeitos», in http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2003/brn-11-de-2003/downloadFile/attachedFile_4_f0/posse_mguer.pdf?nocache=1207761200.13; «A usucapião e o registo: devemos repensar o tema?» in *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2, outubro 2013, consultável em www.cije.up.pt/download-file/1198.

abandonado¹²⁸). Os direitos reais (*maxime* o direito de propriedade) caracterizam-se pela inércia do seu titular¹²⁹. Este dado é conhecido por todos. A ausência de sinais ostensivos da posse (causal) não pode ser fundamento bastante para que uma pessoa converta em própria uma coisa alheia. Tal acusa uma atitude indigna, desprezível.

A aquisição originária de um direito real reclama publicidade, de forma a proteger o interesse do verdadeiro titular. Nas palavras da lei (cfr.art.1262.º), a posse é pública quando *puder ser conhecida pelos interessados*; a posse adquire-se pela prática reiterada, com publicidade (cfr.art.1263.º, al.a)), isto é, *à vista de toda a gente*. Em ambos os casos, embora não apenas nestes¹³⁰, a publicidade é feita através da posse¹³¹. Mas perguntamos, a posse concretiza esta necessidade de publicidade? Terá a posse nos dias de hoje força suficiente para publicitar estas situações? Para que tal aconteça, entendemos que, a posse tem de se materializar e exteriorizar. Só assim é possível retirar da posse uma função de publicidade relevante. Mas assumindo o *corpus* um poder empírico, não necessariamente físico e, portanto, não se exigindo uma posse corpórea, permanente sobre a coisa, como é que esta situação se torna visível para o titular do direito que, não raras vezes, se encontra distante dos seus bens? É razoável exigir ao titular do direito uma diligência tal, que consista na averiguação regular do seu prédio; se sobre ele se desenvolvem actos

¹²⁸ Um presumido estado de abandono do bem por parte do seu titular não pode justificar a existência de posse por parte de outrem e, por conseguinte, a aquisição do direito real correspondente, por usucapião. Como resulta do art.1345.º, os bens imóveis que se encontrem sem dono conhecido são automaticamente integrados no património do Estado, não havendo espaço para posse privada, e consequente usucapião. *Vide* PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.14.

¹²⁹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, «A característica da inércia dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade», in *Separata em Homenagem ao Professor Doutor Henrique Mesquita*, 2, 2009, p.479 e segs, em especial p.488 e segs.

¹³⁰ A publicidade decorrente da posse não releva somente para as aquisições originárias, também nas derivadas há manifestações de publicidade espontânea. É o que acontece nos ordenamentos jurídicos que consagram o sistema do modo (como o alemão) ou do título e do modo (simples ou complexo, como o espanhol e o brasileiro e o austríaco, o suíço e o holandês, respetivamente) em matéria de transmissão e aquisição de direitos reais, e em que esse modo corresponde à entrega de uma coisa móvel (e não imóvel, já que relativamente a estas e, segundo estes sistemas, é o registo que cumpre essa função e, portanto, a publicidade é provocada) ao adquirente para que a transferência da propriedade se efectue. Da entrega da coisa (móvel), nestes casos, decorre a publicidade espontânea da situação de facto. *Vide*, ANDRÉ DIAS PERREIRA, «A característica da inércia...» in *loc. cit.*, p.482. De notar, que também no nosso ordenamento encontramos manifestações de publicidade através da posse em aquisições derivadas. Tal verifica-se, por exemplo, na doação de coisas móveis (art.947.º/2) e no penhor de coisas (art.669.º). Em ambos os casos é necessário (sempre que o negócio não tenha sido reduzido a forma escrita) a entrega da coisa para conferir notoriedade ao negócio jurídico.

¹³¹ A publicidade decorrente da posse designa-se por publicidade espontânea, por contraposição à publicidade provocada que é feita através do registo. Uma das situações de facto onde a publicidade espontânea ganha especial acuidade prende-se com a posse de coisas móveis. Sobre esta distinção, *vide* ANA FONSECA, «Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis», in *Cadernos de Direito privado*, n.º 20, Out. – Dez., 2007, p.14 a 25; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.91 e segs; FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e teoria dos registos*, Almedina, Coimbra, 1966, p.503 segs.

determinantes de uma situação possessória relevante? Parece-nos que não. Não é exigível, nos dias de hoje, caracterizados pela fluente emigração, que um proprietário actue regularmente e com uma diligência tal, por forma a saber se sobre o seu prédio se desencadeia alguma actividade susceptível de evoluir a um caso de verdadeira posse *ad usucapionem*. Para além disso, acresce a ignorância de todos aqueles que não fazem do Direito a sua vida, e que, portanto, desconhecem, na íntegra, o instituto da usucapião, bem como, os seus essenciais pressupostos.

Por tudo isto, concluímos, a publicidade inerente à posse, para assumir relevo jurídico, isto é, para dela se retirarem consequências que se projectem no regime dos direitos reais, nomeadamente para aquisição do direito por usucapião, terá de ser capaz de revelar a situação de facto sobre a coisa em face dos interessados. Mas se os proprietários estão longe dos seus bens (em diferente zona de residência, em País diferente, em Continente diferente!), sem que isso signifique total desinteresse em relação a eles, a publicidade decorrente da posse contrária não ganha força suficiente para a sua divulgação perante os interessados em contestar. E estes, decorrido o tempo de posse necessário para a usucapião, são despojados dos seus (únicos!) bens.

O papel atribuído à posse e ao seu efeito criador consubstanciado na usucapião deve, queiramos, quer não, ser repensado¹³².

1.2.3.2. Posse pública (art.1262.º) vs. Publicidade (art.1263.º, al. a))

A posse pública, a que se refere o art.1262.º, como supra fizemos notar, não se confunde com o requisito da publicidade que o art.1263.º impõe para a aquisição originária da posse mediante aquisição paulatina da posse. A característica pública da posse tem carácter relativo, é no confronto com o anterior possuidor ou titular do direito que ela se revelará. Ao invés, a publicidade que o art.1263.º estabelece é considerada em fase de todos aqueles que compõem o círculo social em que a relação de senhorio de facto se desenvolve.

O carácter público da posse é fundamental para adquirir o direito, espelhado por essa posse, através da usucapião. Já a publicidade consagrada no art.1263.º surge somente

¹³² Neste sentido, e na opinião de MOUTEIRA GUERREIRO, «Publicidade dos direitos reais...» in *loc. cit.*, p.311, o que “se continua a dizer e escrever sobre a posse e sobre o seu *efeito aquisitivo* é repetitivo e desajustado da realidade contemporânea.” Também PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.351-352, reclama “a necessidade de reavaliar o papel atribuído à posse (...) reavaliação que só pode conduzir à redução da relevância da figura.”

como requisito da aquisição originária da posse e, nem sequer, é imperiosa para a sua averiguação. Pode, na verdade, não se verificar essa publicidade e, ainda assim, adquirir-se a posse. Pense-se naqueles casos em que a normal utilização da coisa acontece “na intimidade da vida privada ou numa relação de privacidade¹³³” e, portanto, sem publicidade. Rejeitar a existência de posse nestas situações “seria [in]coerente com o intuito da lei de valorizar e regular todas as situações de posse autónoma¹³⁴”. Quem possui um livro, não precisa de transformar a sua biblioteca numa biblioteca pública, para adquirir a posse¹³⁵. Questão diferente é a de saber se estas situações são passíveis de ser exercidas de modo a puderem ser conhecidas por aqueles a quem possam interessar. Por outras palavras, quando a normal utilização da coisa ocorre na intimidade da vida privada ou numa relação de privacidade e, portanto, sem publicidade (à luz de quantos participam no círculo social em que o domínio se exerce), a posse, ainda assim, é suscetível de ser pública perante os interessados?

Quando há publicidade, do senhorio de facto sobre a coisa, segundo o consenso público, pode dizer-se que, em regra, haverá também publicidade (cognoscibilidade) em fase dos interessados, pois estes pertencerão, em regra, ao círculo social. Porém, isto não é necessariamente assim. Pode acontecer que os interessados não pertençam a esse círculo social, neste caso a publicidade do art.1263.º não absorverá a característica pública da posse a que o art.1262.º faz referência. Há publicidade da posse mas ela não conduzirá à usucapião por não ser pública. Mas, e se nem sequer houver publicidade sob o “ponto de vista dominante no tráfico¹³⁶”, poderá, pese embora esta circunstância, a posse ser pública perante os interessados? Tornar-se-á, porventura, difícil encontrar casos em que não haja publicidade em fase do círculo social, mas em que a situação se revele perante os interessados. Todavia, e apesar, de não vislumbrarmos nenhuma hipótese prática que se encaixe nestas circunstâncias, admitir que tal nunca se verificará parece-nos excessivo, pelo que, deixamos em aberto a possibilidade de uma hipótese nestes termos se apurar. Na verdade, neste ponto, é a característica pública da posse (independentemente da publicidade em fase dos comuns) que ganha efeitos pertinentes.

¹³³ A frase entre aspas citada no texto pertence a DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.161.

¹³⁴ Citamos ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.290.

¹³⁵ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.24 e 25.

¹³⁶ É a expressão que na doutrina alemã ganha usualidade sob a designação «Verkehrsanschauung». Vide HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.* p.96-97, nota 2.

O art.1263.º não é, portanto, um preceito taxativo. O elenco das formas por que a posse é passível de ser adquirida é meramente exemplificativo¹³⁷. Em prol do que se diz veja-se como a *traditio brevi manu*¹³⁸, que não tem acento expresso nesta norma, é ainda uma forma possível de adquirir a posse cuja existência ninguém nega.

Pode, portanto, adquirir-se a posse sem publicidade (à luz do consenso público) e sem prática reiterada, mas a cognoscibilidade dessa posse pelos interessados é imperiosa para efeitos da sua qualificação como posse pública, à luz do art.1262.º. E isto com consequências importantíssimas, designadamente, ao nível dos prazos de instauração das acções possessórias (art.1282.º) e em sede de usucapião (art.1297.º)¹³⁹.

1.2.4. Posse efetiva? Divergência doutrinal. Compreensão do elemento material/objectivo da posse: o *corpus*. Posição adoptada.

A efectividade é uma característica necessária da posse *ad usucapionem*? Para que o possuidor possa adquirir, originariamente, o direito que a sua posse representa é imperioso que actue sobre a coisa de modo directo e permanente ou, basta a possibilidade virtual de tal actuação? A resposta a esta questão não é consensual na doutrina. À exigência de posse efectiva, como requisito indispensável da usucapião formulado, designadamente, por OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴⁰, resiste a maioria dos autores¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.160 a 162; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.290.

¹³⁸ A *traditio brevi manu* é uma forma de aquisição derivada da posse. Resulta de um acordo efectuado entre o detentor e o possuidor, em que este último transmite àquele a sua posse em que este passa, a partir, de então, a estar investido. O exemplo paradigmático é o do proprietário-possuidor que vende o prédio arrendado ao arrendatário. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.28.

¹³⁹ Note-se, porém, que uma posse *sob ocultação* é susceptível de conduzir à usucapião, embora com prazos mais longos, quando a coisa passe a terceiro de boa-fé antes de cessado o vício (art.1300.º/2). Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.288-289.

¹⁴⁰ Vide do autor *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.297 onde escreve: “a posse prescricional é necessariamente uma posse efectiva.” E também, *Terrenos vagos e usucapião*, Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIII – Jan.- Dez – n.º1-2-3-4, Coimbra, 1976, p.23-62, em especial p.56 e segs. Em sentido idêntico vide PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.22, para o qual, “não revestindo os actos materiais de posse as características de continuidade e inequívocidade, não se verificam os requisitos exigidos para a aquisição por usucapião.”

Saliente-se também que, MENEZES CORDEIRO depois de afirmar que o Direito não exige a continuidade ou a inequívocidade dos actos possessórios, acrescenta, no entanto, logo a seguir que “se essas características faltarem, parece-nos que, de todo o modo, poderá não haver posse.” (cfr. *A posse...ob. cit.*, p.129, nota 276.

¹⁴¹ Defendendo que a posse boa para a usucapião não tem de ser efectiva, bastando a mera possibilidade de a actuar vide, por exemplo, VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.69 a 73; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.505 (“a posse prescricional, é, também, tanto a posse efectiva, como a posse que se mantém (porque exista a possibilidade de a continuar, artigo 1257).”; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.273, 293-294.

Esta questão da posse efectiva está intimamente relacionada com a compreensão do elemento objectivo da posse: o *corpus*. O *corpus*, para a teoria subjectivista, corresponde ao poder de facto sobre a coisa, mas não é necessária e rigidamente material. Não é necessária uma actuação efectiva sobre a coisa, é suficiente que a coisa permaneça sob o poder virtual do possuidor, ou seja, que este tenha a possibilidade¹⁴² de, a qualquer momento, querendo, deter ou fruir¹⁴³ a coisa. Esta flexibilização ou maleabilidade do *corpus* compreende-se num quadro subjectivista, em que a posse se funda em dois grandes pilares (o *corpus* e o *animus*), não se exigindo, deste modo, uma rigidez absoluta de cada um deles, já que ambos se complementam na estruturação dessa relação com a coisa. Tal, porém, não se verifica, na teoria objectivista, cuja construção se alicerça, tão-só, no elemento material. O grau de intensidade do *corpus objectivo* é maior, e traduz-se no exercício *pleno e diligente* das faculdades contidas no direito (de propriedade), sob o ponto de vista económico¹⁴⁴.

O nosso Código, que como vimos acolhe a concepção de SAVIGNY, entende por *corpus* a prática de actos materiais¹⁴⁵ por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outros direitos reais, não sendo necessário o contacto físico com a coisa, nem a plenitude do exercício do direito, e tanto pode ser exercido pelo próprio, como por intermédio de outrem (art.1252.º/1).

¹⁴² Porque há qualquer impedimento ou obstáculo a que o possuidor recupere a actuação material sobre a coisa.

¹⁴³ Um senhorio tem posse, ainda que não tenha a detenção material do seu prédio, quando recebe a renda paga pelo inquilino no âmbito de um contrato de arrendamento celebrado entre os dois. V. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p.181-182.

¹⁴⁴ Uma vez que para IHERING a posse era a “exteriorização da propriedade”, o critério para averiguar a existência de posse há-de ser o modo pelo qual o proprietário usa, normalmente da sua propriedade, o qual varia segundo o destino económico das coisas. Essencial para este autor era, pois, que o possuidor se mostrasse com a aparência de proprietário, independentemente de ter sobre a coisa um contacto material e, até a respectiva possibilidade, desde que esta fosse a forma por que um proprietário diligente actuará. A diligência do proprietário era, assim, uma condição indispensável da posse. Deste modo, como explica o autor, o cultivo de um prado de Verão ou de Inverno que, como o nome indica, só se realiza nessas mesmas épocas do ano, ficando no restante período em repouso, evidência a existência de posse durante todo o ano, pois está de acordo com o seu destino económico. V. FERNANDO LUSO SOARES, *ob. cit.*, p. LXXVI; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.21.

¹⁴⁵ Não integram o *corpus* possessório os actos jurídicos de administração ou de disposição. Só através de actos materiais pode adquirir-se a posse, pois só estes são susceptíveis de traduzir inequivocamente a existência de uma relação de facto. Cfr. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.96; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.26; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.159; PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.270. Vide, neste sentido, o Ac. T.R.C., de 25 de Junho de 1996, (NUNO CAMEIRA), in *B.M.J.*, n.º 458, p.412) segundo o qual, “a posse só se adquire por actos materiais que incidam directa e materialmente sobre a coisa, não podendo qualificar-se como tal o simples acto de pagamento da contribuição predial.”

Quanto ao problema da conservação da posse a nossa lei resolveu-o logo no n.º1 do art.1257.º, segundo o qual “a posse mantém-se enquanto durar a actuação correspondente ao exercício do direito ou a possibilidade de a continuar.” Isto é, não é necessário um exercício efectivo sobre a coisa para se conservar a posse, basta que uma actuação deste tipo logre manifestar-se. Para a conservação de uma situação de posse não teria sentido exigir um *corpus* efectivo por parte do possuidor, pois na prática essa actuação pode não se exigida do próprio titular do direito sobre a coisa¹⁴⁶.

E para a aquisição da posse? É necessário um exercício efectivo? Para a sua aquisição já a questão assume contornos diversos consoante estejamos perante uma aquisição originária ou uma aquisição derivada. Quando a posse é adquirida originariamente, como ocorre, nos termos gerais da alínea a) do art.1263.º, e, portanto, não decorre de uma transmissão, nem supõe qualquer estado anterior de contacto com a coisa¹⁴⁷, a simples possibilidade não basta, é necessária a apreensão efectiva da coisa¹⁴⁸. Uma posse adquirida de forma originária, por quem até à data não foi detentor, além de não encontrar qualquer suporte na posse anterior, supõe a apreensão da coisa¹⁴⁹. É, portanto, essencial a efectividade do *corpus* para que a posse surja. Logo, porém, que a posse se considere adquirida, porque suportada por uma relação estável e duradora com a coisa, já essa efectividade pode esmorecer e dar lugar, tão-só, à sua possibilidade. Assim, nas formas de aquisição originária da posse, o *corpus* terá de se assumir, pelo menos num primeiro momento, como poder de facto directo sobre a coisa para que, a própria relação possessória possa existir. Quando a posse é derivada, resultante, portanto, de uma transmissão, aquela simples possibilidade já se mostra suficiente, sendo dispensável o contacto efectivo com a coisa. Uma posse adquirida derivadamente procede de uma posse anterior. A nova posse funda-se ou apoia-se nessa posse que a antecedeu e, por isso, percebe-se a dispensabilidade de uma actuação efectiva.

¹⁴⁶ V. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.16.

Imagine-se o proprietário de um automóvel que, durante algumas horas ou até dias, o deixa estacionado numa via pública (exemplo proposto por MOTA PINTO, *ob. cit.*, p.181). Negar a posse a este indivíduo, mesmo durante o período de afastamento do veículo, chocaria até os mais insensíveis e desconhecedores do assunto.

¹⁴⁷ Como ocorre na aquisição originária da posse por inversão do título de posse (art.1265.º), em que o possuidor já antes actuava sobre a coisa, mas nas vestes de detentor.

¹⁴⁸ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.26; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.95; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.295.

¹⁴⁹ Como faz notar FERNANDO LUSO SOARES, *ob. cit.*, nota 2, p. LXI, “um usurpador não pode dizer que tem a posse da coisa usurpada, se nunca a teve em sua mão”

Vimos até agora a questão da aquisição e conservação da posse, sendo que, apenas para a aquisição da posse por forma originária (al. *a*) do art.1263.º) se exige a efectividade do *corpus*. Adquirida que esteja a posse essa efectividade não tem de manter-se para que a posse se conserve.

E quando essa posse é suscetível de conduzir à aquisição do direito real por usucapião, a efectividade do *corpus* continua a não ser exigida para além do momento da aquisição? Autores há, que dizem que sim, outros entendem que não. Esta é uma questão complexa que requer o confronto com outras matérias, nomeadamente com a questão da posse pública.

Como vimos, segundo o art.1262.º a posse é pública quando “se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados”. Ora, quando é que os interessados podem ter conhecimento dessa posse? Quando há um contacto sobre a coisa, isto é, quando a posse é efectiva. Como explicam os autores a posse é efectiva quando “tem correspondência na situação de facto¹⁵⁰”. Por contraposição, a posse é não efectiva quando não tem correspondência na situação de facto, “resulta apenas da lei¹⁵¹”.

Pese embora esta distinção não se caia no absurdo de considerar a posse efectiva como o contacto permanente com a coisa. A posse efectiva não é o rigoroso contacto com a coisa. A efectividade não é estar constantemente rente à coisa, “não é obrigar o possuidor a transladar-se para perto da coisa¹⁵²”. Consiste antes no exercício de poderes de facto sobre a coisa sustentados por uma relação de facto com ela, atendendo à sua natureza concreta, ao seu gozo normal de utilização. Se cultivo o terreno do meu vizinho como se fosse a proprietária eu tenho posse efectiva mesmo quando o deixo em repouso pelo período estritamente necessário para o solo se renovar e produzir novamente abundantes frutos, pois este é o modo de actuar que condiz com o gozo normal de utilização da coisa. Deixo, porém, de ter uma posse efectiva e passo a ter, tão-só, a mera possibilidade de tal actuação quando, decorrido o período de tempo esperado para novamente agricultural o terreno, o deixo inulto, e isto repetitivamente por tempo indeterminado (sem que advenha qualquer causa de perda da posse – art. 1267.º).

¹⁵⁰ Citamos OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.102.

¹⁵¹ A expressão entre aspas pertence a MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.128.

¹⁵² A expressão de que nos servimos no texto pertence a IHERING. Cfr. *Sobre o fundamento da tutela possessória* (tradução e adaptação de José González), *ob. cit.*, p.146.

Mas a pergunta continua a impor-se, para usucapir a posse tem ser efectiva ou basta a mera possibilidade de tal actuação? Ao que respondemos, para poder usucapir a posse tem de ser susceptível¹⁵³ de ser conhecida a quem possa interessar. Assim sendo, pergunta-se: a posse efectiva pode ser exercida de modo a não ser conhecida pelos interessados? Ou, ao invés, os actos possessórios efectivos podem ser praticados ocultamente? Entendemos que sim. Pense-se num ladrão que furta um relógio na Baixa de Coimbra, mas que logo de seguida regressa à sua zona de residência, o Porto. Mesmo que o ladrão passe a usar diariamente o relógio no seu pulso (prática de actos possessórios efectivos), nem por isso a sua posse deixa de ser oculta em relação ao dono do relógio, pois este não tem como saber da existência dessa posse, nem quem é o possuidor, e tal não lhe é exigido (por também não o ser ao Homem medianamente diligente)¹⁵⁴.

Ou seja, a posse efectiva não é necessariamente posse pública, porque os actos possessórios podem não ser conhecidos, nem ser susceptíveis de o ser, pelos interessados, mesmo que, para tal, tenham actuado como era esperado que actuassem. Acresce que, o facto de a posse ser efectiva não significa que ela chegue ou, chegue mais rapidamente, ao conhecimento do interessado.

Assim, e em resumo, para a posse ser pública ela tem de ser efectiva¹⁵⁵, mas não basta isto, essa efectividade tem de ser susceptível de chegar ao conhecimento dos interessados, se estes fizeram o que estava ao seu alcance para que esse conhecimento

¹⁵³ Não é exigido o conhecimento efectivo, basta a possibilidade de tal conhecimento (isto é, se o interessado actuar diligentemente tem a possibilidade de tomar conhecimento da situação de posse).

¹⁵⁴ Vide, DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.186. Não se confundam, porém, com o exemplo do texto, aquelas situações em que a normal utilização da coisa pelo possuidor corresponda a uma actividade de difícil conhecimento, mas, ainda assim, de conhecimento possível. Nestes casos, nem por isto a posse deixa de ser pública. Imagine-se que alguém utiliza, nos períodos adequados para a rega, a água de uma fonte existente no prédio vizinho (art.1389.º). A utilização desta água só em determinados períodos do ano pode dificultar a sua manifestação perante o proprietário, mas a posse é pública, pois este, se for normalmente diligente, pode dela tomar conhecimento. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.25.

¹⁵⁵ O Código Civil de 1867 (art.517 e 522.º) e mesmo o anteprojecto do Código Civil de 1966 de Pinto Coelho (arts. 15.º e 20.º) não se referiam à efectividade da posse, requeriam antes que a posse fosse contínua, isto é, que se exercesse sem interrupção. Queria-se garantir o exercício normal dos direitos, mesmo daqueles que raramente se exerciam, sem que para isso a posse correspondente deixasse de ser contínua. Uma posse contínua não é necessariamente uma posse ininterrupta. A posse pode interromper-se sem que deixe de ser contínua, se este for o modo normal de exercício do direito. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.210-211; LUÍS PINTO COELHO, Anteprojecto do C.C. de 1966 in *B.M.J.*, n.º88, Julho – 1959. Parece-nos, contudo, que os termos “efectividade” e “continuidade” têm aqui um conteúdo idêntico: referem-se à utilização normal das coisas – aquilo para que elas prestam. Estes conceitos já se distinguem, porém, da “posse mantida”, esta não exige a utilização normal da coisa, sendo, ao invés, compatível com a inacção do possuidor, desde que não se verifique nenhuma das causas de perda da posse (cfr. art.1267.º).

Vide, a este propósito, o Ac. do T.R.C., de 10 de Novembro de 2015, (MARIA DOMINGAS SIMÕES), consultável em www.dgsi.pt, que prescreve, declaradamente, a necessidade de a posse *ad usucapionem* ser exercida de forma continuada, para além de pública e pacífica.

ocorre-se. Se os actos possessórios são exercidos de forma efectiva, mas esta efectividade não é possível revelar-se perante os interessados, então essa efectividade não filia uma posse pública e, por conseguinte, não pode conduzir à usucapião¹⁵⁶. Uma posse jurídica, não efectiva, correntemente, designada também por posse civil, não pode assegurar a publicidade de uma situação real, pois não há qualquer manifestação da intervenção do agente sobre a coisa¹⁵⁷.

Por tudo isto, concluímos: a efectividade do *corpus* não é uma característica autónoma da posse *ad usucapionem* (não se vê qual a vantagem de exigir o exercício de actos possessórios efectivos, se na prática isto não determina, *de per si*, a cognoscibilidade dessa posse pelos interessados), mas é uma decorrência da exigência de posse pública. A “posse prescricional” ou “boa para usucapião” não tem de ser necessariamente uma posse efectiva, tem sim, de ser uma posse pública durante o prazo previsto na lei.

E, advirta-se que, não impedirá o efeito aquisitivo do direito por usucapião o facto de a posse, decorrido o prazo legal, se conservar apenas de forma empírica. Ao invés, se, por ex., durante vinte anos de posse, apenas pelo período de cinco anos ela se exerceu de forma efectiva, já não poderá, no nosso entender, conduzir à aquisição do direito por usucapião.

2. POSSE PACÍFICA (remissão para o ponto 1.2.2.)

3. POSSE PÚBLICA (remissão para o ponto 1.2.3.)

¹⁵⁶ Parece-nos, porém, que esta asserção já não pode valer na íntegra em relação aos imóveis, pois estes são bens fixos e, portanto, o verdadeiro dono sabe onde ir para averiguar o estado do seu bem. Ou seja, em relação aos imóveis, se há efectividade da posse então, por princípio, essa posse é susceptível de ser conhecida pelos interessados. Os bens imóveis são bens fixos, estão estacionados num local preciso, conhecido do seu dono, pelo que, parece-nos, se este agir diligentemente dificilmente dela não tomará conhecimento. Já em relação aos móveis, porque são bens que se transportam facilmente, a efectividade da posse não pode significar susceptibilidade de conhecimento por parte dos interessados.

¹⁵⁷ Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p.17.

4. EXERCIDA SOBRE UMA COISA EM TERMOS CORRESPONDENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE OU DE OUTRO DIREITO REAL DE GOZO NÃO EXCLUÍDO, *OPE LEGIS*, DA USUCAPIÃO

4.1. Objecto da posse vs. Objecto da usucapião

Como vimos, a posse é um instituto *sui generis*, autónomo do direito, a que, todavia, a ele pode conduzir pelo decurso do tempo. A posse pode criar o direito através do seu efeito criador consubstanciado na usucapião. A usucapião, porém, é apenas um “efeito defectível da posse¹⁵⁸” que a esta pode não surgir associada. Não há, portanto, uma inteira coincidência entre os direitos reais em termos dos quais se pode possuir e os direitos reais susceptíveis de serem adquiridos (originariamente) por usucapião. O objecto da posse não coincide, necessariamente, com o objecto da usucapião. Aquele é mais amplo do que este.

4.1.1. «Exercida sobre uma coisa [...]»

A posse *ad usucapionem* tem de ser exercida sobre uma coisa. Radical mudança se verifica, quanto a esta questão, entre o art.474.^o¹⁵⁹ do Código Civil de Seabra e o art.1251.^o do actual Código. Se aquele admitia expressamente a posse *de direitos*, este, pelo contrário, fiel aos princípios romanistas, limitou-a às *coisas* objecto da actuação aparente do direito de propriedade ou de outro direito real¹⁶⁰⁻¹⁶¹. A formulação do art.1287.^o não é, pois, rigorosa, e logo é criticada pelos autores mais atentos¹⁶² que reclamam a sua correcção uma vez que, “não se possuem direitos, mas sim coisas” (em termos de um *ius in re*).

A questão, que se suscita a este propósito, passa, então, por saber quais são as coisas sobre as quais a posse pode incidir. Posto isto, pergunta-se, todas as coisas (corpóreas e incorpóreas) são possíveis objectos de posse ou, ao invés, só relevam neste instituto as coisas corpóreas e simples?

¹⁵⁸ A expressão é de ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.263.

¹⁵⁹ Que rezava assim, “a posse é a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito.”

¹⁶⁰ V. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.5.

¹⁶¹ Idêntico relacionamento, que não se estranha devido à influência desmedida que teve sobre a construção do nosso código relativa à matéria dos Direitos das Coisas, se verifica no art.1140.^o do C.C.I.

¹⁶² Vide MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.45; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Civil: Reais, ob. cit.*, p.64.

Mais uma vez, e sem espantos¹⁶³, a doutrina encontra-se dividida. Da conjugação dos arts.1251.º e 1302.º resulta que só as coisas corpóreas relevam em sede de posse. É esta, com efeito, a doutrina tradicional¹⁶⁴ – a posse seria um instituto apenas das coisas corpóreas [as incorpóreas ou imateriais – como as coisas objecto da propriedade intelectual (direitos de autor e propriedade industrial - art.1303.º) – estariam afastadas do instituto] e simples (sobre as universalidades, como a herança ou o estabelecimento comercial não poderia ser exercida posse)¹⁶⁵⁻¹⁶⁶.

Todavia, vozes ecoam no sentido de romper com esta tradição que mais nada provê senão uma percepção do Direito das Coisas como um direito arcaico sem visão futurística. Na verdade, “tendo a sensibilidade dominial evoluído, inexistente qualquer razão de natureza legal ou dogmática para que, na ordem jurídica portuguesa, os objectos passíveis de posse não sejam, genericamente, todas as coisas¹⁶⁷.” Demolindo o entendimento rígido do *corpus*, como um poder necessário e simplesmente físico e, demonstrando que este se assume como um poder empírico, não jurídico¹⁶⁸, parece convencer esta doutrina, que já se vem a assumir como maioritária, que é possível a posse de coisas incorpóreas ou imateriais¹⁶⁹. Na verdade, no nosso sistema jurídico, desde que se proceda com *corpus* e *animus* correspondente, há posse.

¹⁶³ Em matéria de posse, pela dificuldade contetudística do instituto, é difícil encontrar um tema em que haja um efectivo consenso doutrinal.

¹⁶⁴ Servimo-nos da posição de MOITINHO DE ALMEIDA (*ob. cit.*, p.38) para evidenciar esta doutrina. Escreve o autor: “a posse não pode ser exercida sobre coisas imateriais, não o pode ser sobre a propriedade intelectual, nem sobre a titularidade do estabelecimento comercial, nem sobre a herança, que são universalidades.”

¹⁶⁵ Apenas os bens corpóreos simples, integrados na universalidade, considerados autonomamente podiam ser objecto de posse. V. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.2 -3.

¹⁶⁶ O direito alemão define coisas simplesmente como objectos corpóreos - §90.º do BGB.

¹⁶⁷ Citamos VASSALO DE ABREU («Uma *relectio...*») in *loc. cit.*, p.110) que segue de perto o ensino excepcional de ORLANDO DE CARVALHO.

¹⁶⁸ Basta, pois, que haja disponibilidade fáctica da coisa para se concluir por uma actuação relevante em tema possessório, não se exigindo a materialidade ou corporalidade dessa coisa. É o que acontece por exemplo quando alguém abre, todos os dias, as portas de um armazém de vendas; gere o pessoal de uma empresa; lança prospectos sobre os serviços ou produtos; faz *marketing*; fixa horários, *etc.* ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.273.

¹⁶⁹ ORLANDO DE CARVALHO («Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.273-274) refere a este propósito, como possíveis objectos de posse que, nada têm de material, a actuação correspondente ao “uso de uma firma, de uma marca, de um nome e insígnia de estabelecimento ou, a exploração e a percepção dos retidos de uma patente, de uma obra de autor, *etc.*” Relativamente ao estabelecimento comercial, vários são os autores que propugnam actualmente pela existência de posse. Não pretendemos debruçar-nos sobre esta questão que já se vai distanciando do objecto do nosso estudo. Assim cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.272-273; VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio...*» in *loc. cit.*, p.111; PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.347-348. Também a jurisprudência corrobora esta tese. A título de exemplo, veja-se o Ac. do S.T.J., de 19 de Fevereiro de 2013, (GABRIEL CATARINO), acessível em www.dgsi.pt, em cujo sumário pode ler-se, o seguinte: «[...] II – O estabelecimento comercial, enquanto universalidade de facto distinta dos bens

Contudo, ainda que assim não se entenda, na nossa opinião por incongruidade, não parecem existir razões que obstem a que as normas possessórias não possam ser aplicadas também às coisas não corpóreas quando a analogia das situações assim o permita¹⁷⁰.

4.1.2. “[...]em termos correspondentes ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo[...]”

Este segmento do preceito refere-se aos direitos usucapíveis. A menção expressa ao direito de propriedade e outros direitos reais de gozo não deixa dúvidas. Apenas os direitos reais de gozo são, por via de regra, usucapíveis. O art.1287.º consagra, assim, a regra geral da usucapibilidade, ou seja, a qualidade que certos direitos têm de poderem ser adquiridos por usucapião¹⁷¹.

Excluídos da usucapião estão, portanto, os direitos reais de garantia e de aquisição, os direitos de crédito, os direitos pessoais de gozo e as coisas de domínio público (com a excepção do art.1304.º). Qual a razão de ser da exclusão destes direitos? Ou, por outras palavras, por que é que só os direitos reais de gozo são susceptíveis de conduzir à usucapião? Só estes são susceptíveis de posse?

Começamos pelas coisas de domínio público uma vez que a explicação da sua exclusão se afigura mais simples e, por conseguinte, mais fácil de expor. Ora, não podendo as “coisas públicas”, por natureza¹⁷², ser susceptíveis de posse privada e, constituindo esta o primeiro e primacial pressuposto da usucapião, não podem, logicamente, ser adquiridas por usucapião. Mas já o inverso pode verificar-se, isto é, é possível o ingresso de bens particulares no domínio do Estado e das Pessoas Coletivas Públicas através da usucapião.

corpóreos e incorpóreos que a constituem, pode ser objecto de um poder efectivo de posse.» Discutível é também saber se as quotas sociais são suscetíveis de posse. JOÃO GRALHEIRO qualificando-as como *coisas mediatemente corpóreas* admite a existência de posse. Mas este autor não fica por aqui, vai mais longe, e demonstra a possibilidade de o direito às quotas sociais ser adquirido por usucapião. Para um maior desenvolvimento desta questão v. do autor, «Da usucapibilidade das quotas sociais», *R.O.A.*, ano 59, vol. III, Dezembro de 1999. Em sentido contrário, de que o direito às quotas sociais não é usucapível, veja-se, na jurisprudência o Ac. do S.T.J., de 10 de Novembro de 1992, (AMANCIO FERREIRA), acessível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁰ Neste sentido, cfr. MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.81.

¹⁷¹ Cfr. PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.15.

¹⁷² Conjugando os arts.202.º/2 e 1267.º/1, al. *b*) *in fine*, resulta o seguinte: não há posse nas coisas que se encontrem no domínio público, pois estas estão fora do comércio jurídico.

No seguimento de PEREIRA RODRIGUES (*ob. cit.*, p.35) a usucapião é um meio alternativo de constituição de direitos reais de gozo que só pode funcionar quando as coisas, deles objecto, pudessem ser adquiridas por outra via, designadamente, negócio jurídico ou contrato. Se as coisas não são, de todo, susceptíveis de aquisição, no quadro do direito constituído, então a usucapião não poderá funcionar.

Por seu turno, os bens que se encontrem na “titularidade privada” do Estado são susceptíveis de usucapião, mas neste caso o prazo para a prescrição é acrescido de metade na sua duração¹⁷³.

Relativamente aos direitos de crédito a questão também não assume relevância de maior. Estes direitos são o contra-pólo dos direitos reais e, só estes podem fundar uma autêntica relação possessória. Nos direitos de crédito, ao contrário do que sobrevém nos direitos reais, não existe qualquer esfera de domínio sobre uma coisa, não existe, portanto, *corpus*. Os direitos de crédito não traduzem uma relação de soberania exclusiva de uma pessoa sobre uma coisa, como ocorre nos direitos reais, baseiam-se, antes, numa relação intersubjectiva que confere a faculdade ao credor de exigir do devedor uma prestação, de conteúdo positivo ou negativo (relação essa que não existe na usucapião!). Também não há *animus* juridicamente relevante, não há qualquer intenção jurídico-real (estamos no pólo oposto ao da realidade).

Por seu turno, os direitos pessoais de gozo¹⁷⁴ (o caso paradigmático é o direito do locatário) também não conferem, a nosso ver, posse, pelo que, não são usucapíveis. Esta questão, porém, não se assume consensual na doutrina¹⁷⁵. A oscilação da qualificação do direito do locatário ora como direito real ora como direito obrigacional determina essa discrepância¹⁷⁶. Temos, no entanto, para nós que, o direito do locatário em particular, e os

¹⁷³ É o que resulta do art.1.º da Lei 54, de 16 de Julho de 1913, segundo o qual: “as prescrições contra a Fazenda Nacional só se completam desde que, além dos prazos atualmente em vigor, tenha decorrido mais de metade dos mesmos prazos.” Disposição que se mantém em vigor pelo art.1304.º.

¹⁷⁴ Os direitos pessoais de gozo têm uma estrutura complexa formada por uma zona periférica (consubstanciada pelas obrigações positivas e negativas decorrentes da relação entre o concedente e o concessionário) e por um núcleo central (o direito de retirar da coisa certas utilidades). Fala-se em direito em *sentido amplo ou impróprio* para abranger quer a zona periférica quer o núcleo central e em direito em *sentido estrito ou próprio* quando se quer apenas referenciar o núcleo central. Pelo que se vê, os direitos pessoais de gozo conglobam na sua estrutura características próprias dos direitos de crédito (têm uma estrutura relativa, isto é, assentam num relação entre dois sujeitos) e características inerentes aos direitos reais (são imediatos, o titular de um direito pessoal de gozo satisfaz o seu interesse ao actuar directamente sobre a coisa, sem necessitar da colaboração do concedente), sendo ilógico fazer uma correspondência exacta a uma destas categorias de direitos. Mais corretamente são apelidados de um *tertium genus*. Vide MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial... ob. cit.*, p.33-34, nota 12 e todas as obras por esta autora referenciadas a este propósito, em específico a tese de JOSÉ DE ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina, Coimbra, 1999.

¹⁷⁵ No sentido de que também os *direitos pessoais*, que recaem sobre coisas e se exercem no interesse do seu titular, são susceptíveis de posse se pronunciou MANUEL RODRIGUES, *ob. cit.*, p.166 e segs. No mesmo sentido, mas a propósito do caso particular do locatário, segundo MENEZES CORDEIRO (*A posse...ob. cit.*, p.71 e segs) “o locatário dispõe de ações possessórias, o que é dizer dispõe de posse, ainda que não extensiva à usucapião.”

¹⁷⁶ MENEZES CORDEIRO (*ibidem*, p.72-73) defende que o direito do locatário tem natureza real, e que só em virtude “[...]duma clivagem histórico-cultural derivada de, no Direito Romano, certos direitos se defenderem através de *actiones in rem*, enquanto outros, estruturalmente similares, davam azo a *actiones in*

demais direitos pessoais de gozo em geral, pertencem a uma terceira e autónoma categoria de direitos que não se circunscreve nem à classe dos direitos reais nem ao grupo dos direitos obrigacionais. O contacto material directo e imediato com a coisa não permite, assim, fundar uma situação de posse, pois a possibilidade de reter ou de utilizar a coisa adveio da celebração de um negócio jurídico precisamente com essa finalidade. Por trás desse aproveitamento da coisa há um título do qual não resulta um direito real, mas tão-só o direito (ou obrigação) de actuar sobre a coisa. O titular do direito pessoal de gozo possui em nome de outrem (al. c) do art.1253.º). O que se verifica nestes casos (cfr. os arts.1037.º/2; 1125.º/2; 1133.º/2 e 1188.º/2) é antes a extensão excepcional da tutela possessória a situações de detenção – qualificáveis assim por falta do *animus possidendi*. Os meios de protecção conferidos ao possuidor são um efeito jurídico da posse, mas não se circunscrevem somente a estas situações. A lei em determinados casos e, por razões de igualdade, faculta a não possuidores esses mesmos meios. Ora, se não há posse a questão da usucapibilidade em termos destes direitos nem sequer se coloca.

Quanto aos direitos reais de aquisição a sua exclusão também é evidente. Não pode haver posse correspondente ao exercício destes direitos. Como vimos, a posse é o pressuposto básico da usucapião. Se não existe posse jamais a usucapião poderá vingar. Para que haja posse, na acepção de que vigora na nossa ordem jurídica o sistema subjectivo de posse, têm de estar preenchidos os seus dois elementos estruturantes: o *corpus* (exercício de poderes de facto empíricos sobre uma coisa) e o *animus* (intenção de agir como titular do direito real correspondente àquela actuação de facto). Donde resulta que, só nas relações jurídico-reais que impliquem, obviamente, a retenção ou fruição da coisa, é possível descortinar autênticas hipóteses enquadráveis no instituto¹⁷⁷. Ora, não é isto que acontece nos direitos reais de aquisição. Na verdade, em relação a estes, a maior parte dos autores é unânime ao excluí-los da posse¹⁷⁸. Trata-se, com efeito, de direitos que se extinguem logo, “de um só golpe”, na expressão certa de MOTA PINTO¹⁷⁹, aquando da

personam”, não é reconhecido como real. Em sentido oposto, considerando que “o locatário é um mero detentor ou possuidor precário, exercendo o proprietário a posse efectiva através dele”, vide o Ac. do T.R.L., de 19 de Novembro de 2015, (ANABELA CALAFATE), consultado em www.dgsi.pt.

¹⁷⁷ Apesar do art.1251.º não ser claro na delimitação das situações reais susceptíveis de posse por utilizar uma expressão de conteúdo ambíguo - “outro direito real” – a verdade, é que dele estão excluídos, logo à partida, todos os direitos reais que nenhum poder de facto sobre a coisa, deles objecto, conferem aos seus titulares.

¹⁷⁸ Cfr. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p.196; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.77; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.24; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.272; PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.258; MARGARIDA COSTA ANDRADE, (*Alguns aspectos polémicos... cit.*, p.101.

¹⁷⁹ *Ob. cit.*, p.196.

sua actuação. Consequentemente, não podem originar situações de exercício duradouro, não se compatibilizando com a verificação de uma situação de posse, já que esta pressupõe, necessariamente, uma actividade estável, não se bastando com uma relação repentina, fugaz. Não há, portanto, nestes direitos a relação com a coisa pretendida pela lei e, consubstanciada no *corpus*, para se poder falar em posse e, por conseguinte, a sua eventual usucapibilidade está afastada. Ouvem-se, no entanto, como vozes discordantes desta maioritária posição, MENEZES CORDEIRO¹⁸⁰ e OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁸¹, fruto, claramente da sua visão objectivista de posse. Para eles, a qualquer direito que faculte ao respectivo titular certo poder de facto sobre coisas é de aplicar o instituto da posse¹⁸², mesmo que da lei não resulte qualquer extensão dos meios de defesa possessórios. Bastaria, pois, no seguimento de MENEZES CORDEIRO, para se admitir a existência de posse nos direitos reais de aquisição que se traduzam em poderes de facto sobre coisas, que se entendesse o *corpus* num sentido lato, abrangendo não só o gozo do beneficiário, mas também outros «aproveitamentos “artificiais” das coisas», garantindo, desta forma, uma ligação à coisa, protegendo-a de ingerência estranhas. Ainda assim, trata-se, contudo, de uma posse meramente interdital¹⁸³, já que não é susceptível de conduzir à usucapião.

No que aos direitos reais de garantia diz respeito temos de fazer uma distinção entre aqueles que impliquem um contacto material com a coisa (o direito de penhor e o direito de retenção) e aqueles que nenhum contacto desencadeiam (a hipoteca, os privilégios creditórios¹⁸⁴). Começando por estes últimos facilmente nos apercebemos por que é que não são usucapíveis, porque o seu exercício não pode originar uma situação de posse. Não há nenhum contacto material com a coisa, deles objecto. Eles não são naturalmente – por falta de *corpus* – susceptíveis de posse. O problema ganha, como se vê, ascensão relativamente ao penhor e ao direito de retenção, uma vez que estes direitos conferem aos seus titulares o poder de facto sobre uma coisa que lhes foi entregue em

¹⁸⁰ *Ob. cit.*, p.71.

¹⁸¹ OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.66 e segs) dá como exemplos de direitos reais de aquisição que facultam o apossamento e, como tal susceptíveis de posse: o direito de ocupação de águas ou de concessões de reservas de pesca.

¹⁸² Era esta a posição de MANUEL RODRIGUES, no domínio do Código Civil de Seabra.

¹⁸³ A posse interdital, por contraposição à posse civil – posse plena no que respeita aos efeitos possessórios – é uma posse diminuída, pois não faculta ao seu beneficiário todos aqueles efeitos, desde logo, não é uma posse usucapível. *Vide*, MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.86.

¹⁸⁴ Note-se que, em relação à consignação de rendimentos é possível estipular que os bens passem para o credor (art.661.º/1, b)), ficando este investido no exercício de poderes materiais sobre a coisa. Contudo, uma vez que, a lei o equipara ao locatário, não pode vislumbrar-se, aqui, uma situação de posse. O credor, para sua defesa, terá de se socorrer do art.1037.º/2. *Vide*, ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p.272.

virtude da assunção de uma obrigação e como forma de garantir esta¹⁸⁵. Há posse em termos do exercício destes direitos? A doutrina mostra-se muito instável¹⁸⁶. Se, por um lado, se encontra quem admite a existência de posse nestes direitos reais de garantia onde é possível o exercício de poderes de facto sobre a coisa¹⁸⁷, há autores, por outro, que os excluem, firmemente, do instituto¹⁸⁸.

Qual afinal a melhor colocação do problema? Devemos admitir a existência de posse no penhor e no direito de retenção? Os titulares destes direitos têm *corpus* e *animus possidendi*? Entendido o *corpus* na acepção tradicional de senhorio de facto físico ou empírico que requer necessariamente um poder de uso e/ou fruição da coisa não poderíamos concluir pela afirmação de uma relação possessória nos termos destes direitos¹⁸⁹. Os seus titulares, apesar do controlo material com a coisa, têm em vista, tão-só, a satisfação do seu crédito¹⁹⁰; não visam, pois, aproveitar-se das utilidades da coisa nem dos frutos por ela produzidos. Porém, do *corpus* tem vindo a ser feita uma interpretação mais ampla que não se basta com aquela acepção tradicional – o *corpus* compreende não só o poder de facto de usar e fruir a coisa *strito sensu*, mas também todos os outros poderes ou faculdades que um direito real é susceptível de comportar e que se traduzam na possibilidade de impedir intromissões estranhas ao seu direito, permitindo, deste modo,

¹⁸⁵ O credor pignoratício – art.666.º/1 – terá direito a satisfazer o seu crédito (bem como eventuais juros), com preferência pelos demais credores, pelo valor da venda de uma coisa (móvel, ou outros créditos ou direito não susceptíveis de hipoteca) pertencentes ao devedor ou a terceiro.

O retentor, por sua vez, tem a faculdade de reter a coisa móvel ou imóvel (quando o seu crédito resulte de despesas feitas na coisa ou de danos por ela causados), se estando obrigado a entregá-la a quem lha pode exigir este não cumprir a obrigação a que está adstrito – art.754.º.

No caso do penhor, o devedor entrega a coisa dada em garantia ao credor pignoratício que assim assume o controlo material dessa coisa; no direito de retenção a coisa já se encontra nas mãos do credor que, logo que se verifiquem os seus pressupostos, poderá fazer valer a sua garantia. V. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, *ob. cit.*, p.165-167; 467 e segs; 489 e segs.

¹⁸⁶ Dando-nos conta desta divergência *vide* SANTOS JUSTO, «A base romanística...» *in loc. cit.*.

¹⁸⁷ É esta, com efeito, a doutrina sustentada por ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» *in loc. cit.*, p.271; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.124; MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.71.

Também OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.67 segue esta corrente, advertindo que “bastaria a disponibilidade dos meios possessórios para devermos concluir que há posse.” MOTA PINTO, *ob. cit.*, p.196, inclina-se igualmente para esta orientação apesar de advertir que de *jure constituto* estes direitos estão efectivamente excluídos em virtude do que “a contrario” se pode inferir do art.670.º/ a) e que só “de *jure condendo* não seria impossível admitir a posse nos direitos reais de garantia, pelo menos, naqueles que conferem um poder de facto sobre uma coisa, como é o caso do penhor e do direito de retenção.”

¹⁸⁸ Neste sentido, PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.258; HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.80; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.4 e MOITINHO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p.38.

¹⁸⁹ Neste sentido, *vide* MARGARIDA COSTA ANDRADE, (*Alguns*) *aspectos polémicos... cit.*, p.102.

¹⁹⁰ A categoria dos direitos reais de garantia confere ao credor o poder ou faculdade de se pagar pelo valor de certos bens, com preferência sobre os demais credores. *Vide*, SANTOS JUSTO, *Direitos Reais, ob. cit.*, p.46.

uma pacífica ligação à coisa¹⁹¹. Adoptando esta visão mais alargada do *corpus*, vemos que a actuação que o credor pignoratício e o retentor fazem sobre a coisa é considerada em termos com ele [o *corpus* possessório] coincidente. Concluímos, pois, que o elemento material da posse está presente quer no direito de penhor quer no de retenção.

A próxima pergunta que se impõe é: e *animus* terão? O *animus*, como se viu, é a intenção de agir como titular do direito real corresponde aos poderes de facto exercidos sobre a coisa. Pergunta-se, o credor pignoratício e o retentor quando actuam sobre a coisa, com a exclusiva finalidade de verem satisfeitos os seus créditos¹⁹², fazem-no com a intenção de agir como titulares, respetivamente, do direito real de penhor e de retenção? Posta a questão desta forma não é possível obter uma resposta negativa. Se mais nada tivesse que ser ponderado¹⁹³, então dir-se-ia que estes direitos conferem posse aos seus titulares porque neles é possível assinalar a existência do *corpus* e do *animus*.

Porém, a questão não se resume a isto e, assume contornos bem precisos e específicos. Vejamos.

Quando o credor pignoratício e o retentor actuam sobre a coisa, com vista à satisfação dos seus créditos, fazem-no apenas por um período limitado, ou seja, o controlo material que efectuam sobre a coisa está dependente do cumprimento da respectiva obrigação – eles detêm a coisa por causa do incumprimento da obrigação. Cumprida esta, aquele poder de facto sobre a coisa decai, e ambos sabem-no perfeitamente; estão efectivamente cientes disto. É esta, com efeito, a doutrina seguida pelos autores que excluem estes direitos da posse que, avança, confiantemente, a seguinte explicação: esta categoria de direitos surge instrumentalizada ao serviço dos direitos de crédito de que depende¹⁹⁴, pelo que, não se vê como se poderá constituir e fazer valer independentemente deles¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

¹⁹¹ É a opinião de MENEZES CORDEIRO (A posse...*ob. cit.*, p.71) relativamente aos direitos reais de garantia e de aquisição que facultem o apossamento. De igual modo se pronuncia ORLANDO DE CARVALHO («Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.271) reportando-se, todavia, ao direito de penhor e ao direito de retenção.

¹⁹² É nesta faculdade – de satisfação dos créditos – que se concretiza o *corpus* em sede dos direitos reais de garantia de penhor e retenção, tendo em conta a concepção de *corpus lato sensu*.

¹⁹³ Note-se que, não estamos aqui a aderir à tese contrária – de que estes direitos não facultam a posse – mas apenas a evidenciar as implicações que esta questão suscita.

¹⁹⁴ Os direitos reais de garantia são direitos acessórios dos direitos de crédito, pois aqueles visam garantir estes.

¹⁹⁵ Daí que os direitos reais de garantia não sejam susceptíveis de ser adquiridos mediante a invocação da usucapião - art.1287.º.

¹⁹⁶ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.4.

Em prol desta exclusão salienta, ainda, o facto de o legislador ter expressamente previsto para o penhor (art.670.º a)) – aplicável por remissão ao direito de retenção (art.758.º e 759.º/3) – a utilização dos meios possessórios... construção legislativa a que não aderiu em relação aos direitos que deles gozam naturalmente. Caso estes direitos configurassem autênticas hipóteses de posse o conteúdo destes preceitos seria, no entender desta facção doutrinária, supérfluo¹⁹⁷.

Posto tudo isto, vemos que são fortes os argumentos de uma e outra posição e, que ambas reflectem verdade naquilo que professam, tornando-se, para nós, mais difícil optar por uma delas. Aquilo que, na verdade, mais embaraço nos causa ao eleger uma destas teses é o facto dos titulares destes direitos terem conhecimento que a sua actuação sobre a coisa é precária, no sentido de que terminará logo que a obrigação se extinga por cumprimento. Todavia, cremos que este factor pode ser entendido apenas como uma explicação para a impossibilidade de usucapião no âmbito destes direitos o que não impede a existência de posse. Assim, atrevemo-nos a propender para a doutrina que aceita a posse correspondente a estes direitos – na verdade, há neles um *corpus* e um *animus*. E o que mais importa nesta sede se não a existência destes dois elementos?

Em suma, o palco de predilecção do instituto da posse e, conseqüentemente, da usucapião, é constituído pelos direitos reais de gozo¹⁹⁸ (quer o direito de propriedade quer os direitos de gozo menores, como sejam, o usufruto, uso e habitação, direito de superfície, direito real de habitação periódica¹⁹⁹ e as servidões prediais²⁰⁰). Na verdade, quanto a estes nada há a acrescentar, a sua menção no art.1287.º é expressa.

¹⁹⁷ V. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.80. Contra este argumento, sustentando a invalidade do mesmo, se pronuncia ORLANDO DE CARVALHO *apud* SANTOS JUSTO, *Direitos Reais, ob. cit.*, p.164, nota 728. DURVAL FERREIRA (*ob. cit.*, p.23 e 24) faz, porém, uma abordagem diferente da extensão da tutela possessória ao penhor e, por conseguinte ao retentor. Considera o autor que a extensão da posse a outros direitos reais que não os de gozo é possível e acontecerá, naturalmente, quando a lei o determine. Para este efeito defende que é possível existir posse nos direitos reais de garantia, mas tão só na medida em que a lei a conceda, como sugere que acontece no penhor e no direito de retenção (art.670.º; 758.º e 759.º/3).

¹⁹⁸ Os direitos reais de gozo conferem ao respetivo titular uma forma de aproveitamento da coisa (*corpus*) acompanhada da intenção de exercer, como próprio, o respectivo direito real (*animus*).

¹⁹⁹ Relativamente ao direito real de habitação periódica (disciplinado no Dec.-Lei n.º275/93, de 5 de Agosto, republicado pelo Dec.-Lei n.º245/2015, de 20 de Outubro) MENEZES LEITÃO (*ob. cit.*, p.123) considera que o facto de o seu exercício ser limitado no tempo não permite atribuir ao seu titular a tutela possessória. Não é esta, no entanto, a visão de VASSALO DE ABREU, que compartilhamos. Segundo o autor, “[...] o regime da posse tem de ajustar-se às peculiaridades resultantes, desde logo, do exercício do direito limitado a um período certo de tempo em cada ano [...]. Ora – continua – a faculdade de adquirir por usucapião o direito real de habitação periódica não está, *expressis verbis*, prevista na lei, mas nem por isso é menos indiscutível, por força, justamente, da regra geral consagrada no art.1287.º.” (cfr. do autor «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.48).

4.1.3. “[...] não excluído, ope legis, da usucapião.”

A afirmação com que terminámos o ponto precedente não é, contudo, absoluta. Apesar dos direitos reais de gozo constituírem o palco de predilecção da posse nem todos eles são usucapíveis. A lei exclui da regra geral da usucapibilidade, prevista no art.1287.º, dois direitos reais de gozo: as servidões prediais não aparentes e os direitos de uso e habitação²⁰¹ (art.1293.º). Por que é que o faz é questão que agora nos irá ocupar.

Antes de avançar, urge frisar, que a *ratio legis* do art.1293.º varia consoante se trate de servidões prediais não aparentes ou de direitos de uso de habitação²⁰².

Começaremos por este último, com quebra da sequência apresentada pela lei no preceito alvo de análise, mediante a razão da sua exclusão se revelar mais evidente por se mostrar muito difundida na doutrina²⁰³. Ora, os direitos de uso e habitação são direitos *intuitu persona* (direitos de natureza pessoal) o que significa que têm de ser aproveitados directamente pelo seu titular e pela sua família em virtude das suas necessidades pessoais

²⁰⁰ Referimo-nos quer às servidões prediais aparentes, quer às não aparentes. Em ambas as situações há posse – há *corpus* e há *animus*. Tanto a há que nas normas relativas à usucapião se excluem expressamente as servidões não aparentes (art.1263.º, al. *a*), v. também o art.1548.º/1) de forma a evitar baralhações geradas por interpretações precipitadas (ou seja, que havendo posse, como a há, se concluisse pela sua usucapibilidade). Em sentido contrário, admitindo que, “não pode haver... posse nas chamadas servidões não aparentes”, MOTA PINTO (*ob. cit.*, p.197-198). Identicamente, SANTOS JUSTOS, (*Direitos Reais, ob. cit.*, p.165) que, referindo-se às servidões não aparentes escreve, “apenas são susceptíveis de posse quando”... e transcreve a parte final do art.1280.º. Ora, o que se prescreve no art.1280.º é apenas a impossibilidade de usar as acções de defesa da posse nas servidões não aparentes uma vez que, estão em causa actos de mera tolerância ou, praticados ocultamente que, como tal, não devem poder impor-se ao proprietário do prédio serviente. Quando assim não aconteça, isto é, quando haja permissão do proprietário serviente, a solução assumirá diferentes contornos, daí a excepção prevista na parte final do art.1280.º, “...salvo quando a posse se funde em título provindo do proprietário do prédio serviente ou de quem lho transmitiu.”. Cfr. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.78. De notar que, este autor começa por dizer que “não são suscetíveis de posse”, mas logo acrescenta, “de posse juridicamente relevante”, o que nos leva a crer que o autor prevê a existência de posse nas servidões não aparentes, mas já não de posse boa para usucapião. No mesmo sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.53 e DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.61.

²⁰¹ Questiona-se se os direitos de uso e habitação são dois direitos diferentes e autónomos (como parece denotar a própria lei quando em inúmeras normas – cfr. os arts.1293.º, *b*); 1485.º; 1490.º - a eles se refere no plural) ou, se, ao invés, estamos perante um único direito que, todavia, assume uma designação diversa em virtude da variação do objecto (é o que decorre de forma evidente do art.1484.º, donde flui, que quando o “direito se refere a casa de morada, chama-se direito de habitação” (n.º2). Proclamando este último sentido, cfr. VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.53; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.479. Considerando que, “se está em presença de dois direitos autónomos, embora participem fundamentalmente do mesmo regime.”, vide CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.425-426.

²⁰² Neste sentido, VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.54. Em sentido contrário, fazendo notar que a *ratio* subjacente ao art.1293.º é só uma: a de que a posse não é, nestes casos, clara, convincente e *conclusiva* quando ao direito exercido (...), vide MOUTEIRA GUERREIRO, «Publicidade dos direitos reais...» in *loc. cit.*, p.314.

²⁰³ Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.73-74; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.221; PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.31-32.

(art.1486.º), com exclusão de qualquer outra pessoa, o que implica a sua intransmissibilidade (art.1488.º). Se os direitos foram constituídos em favor de um sujeito não pode depois, vir uma pessoa diferente aproveitar-se deles – extintas as necessidades extinguem-se os direitos. Se se admitisse a possibilidade de os direitos de uso e habitação serem adquiridos por usucapião estar-se-ia a “contornar ou defraudar a lei”²⁰⁴. Por outro lado, motivos meramente pragmáticos são também aditados em prol desta exclusão. A difícil destrição do *corpus* de tais direitos do *corpus* do direito de usufruto não permite averiguar qual o direito em causa²⁰⁵. O *modus operandi* do titular dos direitos de uso e habitação sobre a coisa é incharacterístico, ou seja, os actos materiais possessórios praticados pelo seu titular não permitem, de forma consistente e segura, visar e corresponder, tão-só, a esses mesmos direitos. Idênticos actos são executados pelo usufrutuário. Na verdade, o *corpus*, na teoria subjectivista, aquela que o nosso Código acolhe, não tem de se revelar pela prática de todos os actos materiais qualificativos do direito o que, a este nível, traduz a dificuldade de distinguir os direitos de uso e habitação do direito de usufruto. Porém, entendemos ser aquela primeira razão a que efectivamente afasta estes direitos da usucapião, uma vez que mesmo que os actos possessórios sejam inequívocos em termos deste direito, ainda assim eles não são usucapíveis²⁰⁶. Os direitos de uso e habitação podendo, embora fundar uma situação de verdadeira posse – com todas as vantagens que daí decorre, designadamente, de tutela possessória – não são direitos usucapíveis.

Em relação à insusceptibilidade de aquisição por usucapião das servidões não aparentes a questão é bem mais difícil e complexa. Reitera o art.1548.º/1, que “as servidões não aparentes não podem ser constituídas por usucapião”, considerando, logo de seguida, como “não aparentes as servidões que não se revelem por sinais visíveis e permanentes” (n.º2). Desde modo, são aparentes as servidões cuja existência ou exercício se manifeste através de sinais exteriores reveladores delas próprias²⁰⁷. A distinção entre servidões aparentes e não aparentes anuncia-se, pois, de evidente importância prática: as servidões aparentes podem ser adquiridas por usucapião; tal possibilidade encontra-se, ao invés,

²⁰⁴ A expressão citada no texto pertence a VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.54-55. Neste sentido, cfr. HENRIQUE MESQUITA, *ob. cit.*, p.114, nota 1, onde pode ler-se o seguinte: “A admissibilidade – pelo menos sem restrições – da aquisição dos direitos de uso e habitação através da posse seria uma porta aberta para a infração do disposto no art.1488.º.”

²⁰⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.480, fala até de *usufrutos ilimitados*.

²⁰⁶ Neste sentido, VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.55.

²⁰⁷ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, «Tutela possessória das servidões», in *loc. cit.*, p.482.

inteiramente vedada quanto às servidões não aparentes. Qual a razão desta impossibilidade?

A justificação tradicional da exclusão das servidões não aparentes prende-se, em apertada síntese, com a exigência de evitar que actos praticados a ocultas ou clandestinamente, facilmente confundíveis com situações constituídas à base da tolerância ou no âmbito de relações de vizinhança, pudessem conduzir à aquisição deste direito por usucapião. Com efeito, a equívocidade dos actos reveladores do exercício da servidão “teria o grave inconveniente de dificultar, em vez de fomentar as boas relações de vizinhança, pelo receio fundado que assaltaria as pessoas de verem convertidas em situações jurídicas de carácter irremovível situações de facto, assentes sobre actos de mera condescendência ou obsequiosidade²⁰⁸”.

Parece-nos, contudo, que esta justificação merece uma observação crítica. Se a razão de ser da inusucapibilidade das servidões não aparentes fosse o facto de estas corresponderem, em regra, a actos de mera tolerância ou praticados a ocultas, nada mais se estava a acrescentar ao fundamento próprio destas mesmas situações, uma vez que as situações de tolerância e a posse oculta não são suscetíveis de conduzir à usucapião, e as normas que excluem as servidões não aparentes da usucapião seriam supérfluas²⁰⁹.

Perfilhamos a orientação segundo a qual “a razão para a não aquisição por usucapião das servidões não aparentes resulta do facto de em relação às mesmas não ser fácil determinar a existência de uma posse pública [...]”²¹⁰. Ora, “não havendo sinais visíveis e permanentes reveladores da servidão”, então “a atitude passiva do proprietário pode ser apenas devida à ignorância da prática dos actos constitutivos da servidão²¹¹.” Ainda que haja autores que retaliem grosseiramente esta posição²¹², defendendo que o carácter aparente da servidão não se confunde com a característica pública da posse, acarretando somente a publicidade em face das pessoas que compõem o círculo social em que a posse se desenvolve²¹³, e advertindo que a servidão pode ser aparente, isto é, revelar-

²⁰⁸ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, em anotação ao art.1548.º.

²⁰⁹ Neste sentido, VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.62-63.

²¹⁰ Cfr. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.221.

²¹¹ Citamos PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, em anotação ao art.1548.º.

²¹² Referimo-nos a VASSALO DE ABREU. Cfr. «A «relação de coexistência»...» in *ob. cit.*, p.56 e segs. Segundo o entendimento deste autor a solução de inusucapibilidade das servidões não aparentes consagrada no nosso Código resulta “de uma escolha discricionária do legislador baseada em razões de carácter político-legislativo, e não técnico-jurídico *strito sensu*.”

²¹³ A publicidade implicada nas servidões aparentes é um aspecto do “lado externo” do direito real, isto é, resulta da circunstância do direito sobre as coisas “se impor à generalidade dos membros que compõem a

se por “sinais visíveis e permanentes” e, no entanto, não ser pública, não ser cognoscível pelos interessados, a verdade, dissemos nós, sem pretender derrogar o que se explanou, é que só estes elementos sinalizadores da posse poderão alicerçar uma posse pública. Melhor dizendo, a visibilidade e permanência da posse em termos de servidão aparente não determina, necessariamente, a sua publicidade em face dos interessados (como vimos, a servidão aparente não é necessariamente pública), mas a inexistência desses sinais jamais revela a posse perante quem tenha interesse em contradizê-la. Com aqueles elementos sinalizadores a posse não é necessariamente pública, mas a sua existência é essencial para que a posse seja pública²¹⁴⁻²¹⁵.

4.1.3.1. A Interpretação actualista e analógica do art.1293.º por parte de Mouteira Guerreiro.

A explicação que MOUTEIRA GUERREIRO adianta para o facto de os direitos de uso e habitação e as servidões prediais não aparentes serem excluídas da usucapião pelo art.1293.º prende-se com a circunstância de a posse correspondente a esses direitos não ser clara, ostensiva, inequívoca, revelando-se, ao invés, “confusa, equívoca, dúbia²¹⁶.”

Considera o autor, como já fizemos notar supra e do qual dissentimos, que a *ratio* desta norma é apenas uma: a de que a posse correspondente a estes direitos não é “nem manifesta, nem patente, nem conclusiva quanto ao direito exercido (...)”²¹⁷. Advertindo que a justificação da impossibilidade aquisitiva aqui prevista procede, com idêntica razão, em relação a muitas outras hipóteses, e que, portanto, nas palavras do autor, não é “descabido sustentar” uma “interpretação analógica a actualista” do preceito, segundo a qual

comunidade jurídica”, por palavras mais simples, por ter eficácia absoluta ou *erga omnes*. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas, ob. cit.*, p.178 e 219 e segs.

²¹⁴ A posse oculta, segundo o ensinamento tradicional, é aquela que pressupõe uma *intenção de ocultar* a coisa e cujos actos possessórios sejam praticados em termos que não possibilitem o seu conhecimento pelos interessados. *Vide*, a este propósito, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.24-25. Entendemos, porém que esta noção deve ser alargada de forma a incluir todas as situações que, embora não se fundem numa intenção declarada de ocultar, não são exercidas de modo a poderem ser conhecidas pelos interessados. A posse pública será aquela que se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados; na noção de posse oculta caberá todas as demais situações.

A posse em termos de uma servidão não aparente, que não se revele por sinais visíveis e permanentes, não pode assumir-se como pública, e mesmo que não haja uma intenção deliberada de ocultar, ela só pode ter-se por oculta, porque não é capaz de manifestar a intervenção do possuidor com a coisa e assim poder ser conhecida pelos interessados.

²¹⁵ Em sentido contrário, cfr. VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.56-57 e 61, onde escreve, “(...) sob o ponto de vista jurídico-dogmático, não há motivo algum que justifique, na falta daqueles sinais, como que uma presunção *iuris et de iure* (ou sequer *iuris tantum*) de posse oculta.”

²¹⁶ Cfr. do autor «Publicidade dos direitos reais...» in *loc. cit.*, p.314.

²¹⁷ *Vide* do autor «A posse, o registo e seus efeitos» in *loc. cit.*, p.5.

esta norma aflora um princípio geral: “o de que a usucapião só pode ser invocada (...) quando inexistir qualquer possibilidade de ambiguidade [quanto ao direito exercido], havendo, pelo contrário, uma notória e veraz publicidade. Isto é – continua o autor – a usucapião só pode ser atendida quando os actos materiais da posse forem tão manifesta, clara e ostensivamente exercidos que não se suscite dúvida alguma sobre a sua prática, inclusive por existirem *sinais* objectivos, e também quando o *animus* for manifesto e, assim, essa evidência, bem como a efectiva publicidade e demais características relevantes possam ser reconhecidas e veridicamente testemunhadas²¹⁸.”

Esta é, na verdade, uma opinião revolucionária, que o conservadorismo (ainda) ligado à posse parece não deixar antever. Muitas e duras são as críticas dirigidas a este autor. Se é verdade que a forma como MOUTEIRA GUERREIRO transparece a sua posição “subverte completamente regras básicas em matéria de interpretação jurídica²¹⁹”, por pretender inferir de uma norma excepcional (art.1293.º) um princípio geral, não é menos verdadeiro, ou de todo incompreensível, o seu entendimento: o de que o instituto da posse e, principalmente o seu efeito aquisitivo, está desajustado da realidade contemporânea²²⁰, e que repensá-lo é uma exigência premente.

O recurso à usucapião deve ser ponderado. Não vamos ao extremo de considerar como MOUTEIRA GUERREIRO a total substituição da invocação da usucapião pelo registo, mas as situações em que ela deve persistir devem ser reconsideradas. Desde logo, quando na sua base esteja em causa uma posse usurpada grosseiramente²²¹, porque adquirida com violação de regras de conduta sociais (o caso vulgar de alguém que por aquisição paulatina adquire a posse de um imóvel que sabe que pertence a outrem e que, dificilmente, este se aperceberá daquela actuação), a aquisição do respectivo direito por usucapião não se pode aceitar. A posse, nestes casos, é adquirida, sim, mas admitir que essa posse funde a aquisição do direito é demais!

Situações de posse susceptíveis de evoluir a verdadeiros ilícitos criminais deveriam estar excluídas da usucapião. Assim, a posse adquirida por esbulho, por

²¹⁸ «Publicidade dos direitos reais...» in *loc. cit.*, p.315.

²¹⁹ Citamos VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.67. Este autor é, na verdade, um dos críticos severos de MOUTEIRA GUERREIRO.

²²⁰ Está desajustado da realidade contemporânea, mas não do direito constituído. A usucapião, no direito positivo, continua a desempenhar um papel de relevo, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.382, ela constitui “a base de toda a nossa ordem imobiliária”. E de *iuri condendo*, a intransigibilidade desta regra deverá manter-se? Mais à frente tomaremos este ponto.

²²¹ Adjectivamos a usurpação de grosseira mas tal era dispensável, pois, na verdade, toda a usurpação constitui uma privação ilícita da posse de outrem contra a vontade do possuidor/titular do direito.

aquisição paulatina e por inversão do título que podem caber, respectivamente, nos crimes de furto (art.203.º do C.P.) ou roubo (art.210.º do C.P.), de usurpação de coisas imóveis (art.215.º do C.P.) ou, de abuso de confiança (art.205.º do C.P.), é verdadeira posse, mas daí a permitir que conduza à usucapião afigura-se, a nosso ver, uma solução reprovável. E se assim não se entenda, então, que a atribuição de uma indemnização ao anterior possuidor/titular do direito seja, nestes casos, considerada.

5. MANTIDA POR CERTO LAPSO DE TEMPO

Como resulta do disposto no art.1287.º outro pressuposto para a verificação da usucapião consiste na manutenção da posse *ad usucapionem* durante um certo lapso de tempo, variável conforme a natureza móvel ou imóvel da coisa sobre que a posse incida; o carácter titulado ou não titulado da posse; a averiguação da boa ou má-fé da posse; a existência ou não de registo do título ou registo da mera posse²²².

A nossa atenção recairá, sobretudo, sobre o carácter titulado ou não da posse e a averiguação da boa ou má-fé do possuidor.

Assim, o prazo é mais curto ou mais longo consoante a posse seja titulada ou não titulada. Ora, a posse é titulada quando é “[...]fundada em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente, quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico” – art.1259.º/1. E segundo o n.º2 “o título não se presume, devendo a sua existência ser provada por aquele que a invoca.” Daqui flui, que o título putativo²²³ (aquele que não tem existência real, só existe na convicção do possuidor), não assume relevância, nem sequer transforma a posse, em posse titulada. O alcance deste preceito é atribuir ao possuidor o ónus da prova dos factos de que deriva o carácter titulado da posse, considerando-se, na falta desta prova, a posse como não titulada.

Para a posse ser titulada o título tem de existir, mas tal exigência não basta²²⁴, é necessário, ainda, que o título seja justo. Entendendo-se por “*justo* o título que corresponde a um facto que seja admitido em Direito como causa lícita de aquisição²²⁵”.

²²² Cfr. arts.1294.º; 1295.º; 1296.º para os imóveis e os arts.1298.º e 1299.º para os móveis.

²²³ Sobre a relevância do título putativo, no estrangeiro e no Direito Civil Português, *vide* ANTÓNIO RODRIGUES LUFINHA, «A posse de boa-fé para efeitos de prescrição» in *B.F.D.*, suplemento VII, Coimbra, 1947, p.342 e segs.

²²⁴ Na verdade também na posse não titulada tem de haver um título. Segundo CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.299, nota 2, “Como qualquer situação jurídica, a posse não pode existir sem *título*. Neste sentido – continua – usa o legislador a expressão... (inversão do *título*).”

²²⁵ Citamos CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.300.

O título não é entendido de referência à posse, pois se assim fosse toda a posse seria titulada. O título, a que se refere o art.1259.º, equivale, antes, a um acto aquisitivo, susceptível de, em abstrato, constituir ou transferir o *direito real* a cuja imagem se possui, ainda que, em concreto, a constituição ou transferência do direito não se tenha verificado, por o acto ser inválido (quer porque se tratou de uma aquisição *a non domino*, quer por virtude de um vício substancial), desde que a invalidade não seja formal.

O direito português da pré-codificação era bem mais exigente. Impunha, para efeitos de usucapião, um justo título que reunisse as seguintes características: fosse real (não putativo); fosse válido e legal e hábil para transferir a propriedade. Apenas um vício, por razões óbvias, estava contemplado: o da ilegitimidade do transmitente (*a non domino*), doutro modo, ele asseguraria a transferência do domínio, sendo escusado falar de usucapião²²⁶. E esta orientação transitou para o Código de Seabra onde no seu art.518.º podia ler-se: “é posse titulada a que se funda em justo título; e diz-se justo título qualquer modo de adquirir, independentemente do direito do transmitente.” O art.1259.º do Código vigente alarga, em princípio, como se viu, o conceito de posse titulada, a qualquer hipótese de invalidade substancial do negócio translativo, ficando apenas de fora os casos de invalidade formal²²⁷.

MENEZES COREDEIRO²²⁸ é crítico severo desta solução legal, considerando que um vício formal não é necessariamente mais grave do que a generalidade dos vícios substanciais. Requerendo, por conseguinte, a intervenção da jurisprudência nesta área, “de modo a limar arestas.” E isto repute-se, com prejuízo em relação aos prazos necessários para a aquisição por usucapião. Se há título (apesar do vício substancial em que incorre), ele pode, muito bem, ter sido registado (na verdade, dificilmente o registador se aperceberá deste vício não ostensivo) e, por conseguinte, os prazos aplicáveis serão os prescritos pelo art.1294.²²⁹ (os mais curtos)²³⁰. Se não há título²³¹ (em virtude de um vício formal), não se

²²⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p.87 e segs.

²²⁷ Assim, se *A* vende a *B* a coisa *X*, sendo o negócio anulável ou anulado em virtude de um vício da vontade (como seja, por ex. o erro ou o dolo), a posse de *B* é titulada; mas se *C* vende a *D* o imóvel *Y* por documento particular, o negócio sofre de um vício formal, e a posse de *D* será não titulada. Cfr. PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.263.

²²⁸ Vide do autor, *A posse...ob. cit.*, p.91.

²²⁹ A lei, no art.1294.º, manda contar o prazo relativo à usucapião *desde a data do registo*. Este preceito deve, contudo, “ser interpretado restritivamente, no sentido de que à publicidade do registo se deve somar a publicidade natural, decorrente da posse.” (Ac. do S.T.J., de 20 de Março de 2014, (FERNANDO BENTO), disponível em *www.dgsi.pt*). Doutro modo, chegar-se-ia à solução extrema de permitir a aquisição por usucapião antes do início da posse, o que é inaceitável. Na verdade, o registo do título aquisitivo do direito não determina a publicidade da posse. Do direito só decorre que se pode possuir, não que se possui

procedeu, logicamente, ao seu registo, e aplicar-se-ão os prazos, mais longos, estabelecidos no art.1296.º. A redacção da lei pode evidentemente chocar quando apesar do título, o possuidor está de má-fé e, quando embora a ausência de título o possuidor actua de boa-fé.

A referência no art.1259.º/1 a “*negócio jurídico*” não é exacta. Apesar de ser o *titulus adquirendi* mais comum, não é único. Deve entender-se por justo título qualquer outro modo legítimo de, abstractamente, se adquirir o direito, quer seja negócio jurídico quer não. Assim, a ocupação, a acessão, o direito de retenção e demais direitos pessoais de gozo, que são direitos em termos dos quais se possui²³².

Quando esteja em causa um negócio jurídico é que valem as observações que a lei prescreve *in fine*: “*independentemente, quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico.*” Daqui parece resultar, *a contrario*, que só a invalidade formal obsta à existência de título justo, não assumindo os vícios substanciais, aparentemente, qualquer relevância para que a posse não seja titulada. Esta afirmação, não é, no entanto, assim tão linear. Por um lado, há vícios substanciais que afastam a própria posse e, por conseguinte, nem sequer se coloca o problema do título. É o que acontece com a simulação absoluta (art.240.º) e com a reserva mental absoluta (art.244.º). Nestes casos, falta ao pretense adquirente o *animus* de agir como beneficiário do direito e, por conseguinte não pode haver posse, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue. E se não há posse nem sequer se coloca a questão da sua titulação²³³. E o mesmo se diga em relação à simulação relativa (art.241.º) e à reserva mental relativa (art.244.º) desde que, o negócio dissimulado ou oculto não seja apto a produzir efeitos reais (não seja um negócio real

efectivamente. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.75; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.287. E o registo da mera posse, não significa a sua publicidade? Entendemos como DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.325, que equipara, para estes efeitos, o registo da posse e o registo do título aquisitivo, considerando que, quer um quer outro não é equivalente à cognoscibilidade da posse, tendo esta de se revelar por ela própria. No sentido de que o registo da mera posse determina a sua publicidade, *vide* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.24.

²³⁰ O art.1295.º aparentemente prevê prazos mais curtos, mas dizemos bem, aparentemente! Na prática os prazos necessários harmonizam-se com os estabelecidos no art.1294.º, isto é, de dez e de quinze anos de posse. É que a mera posse, como resulta no n.º2 daquele preceito, só pode ser registada depois “de sentença transitada em julgado, na qual se reconheça que o possuidor tem possuído pacífica e publicamente por tempo não inferior a cinco anos.” Donde resulta, que o registo da mera posse supõe uma posse anterior de, pelo menos, cinco anos. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.76.

²³¹ A lei não se refere expressamente à hipótese de faltar de todo o título. No entanto, os autores são conformes em aplicar o art.1296.º. Na verdade, quando não há título, não há, evidentemente, registo do título.

²³² Ainda que nestas situações, se bem que haja de atender aos seus regimes, haverá direito e a posse será, em princípio, causal. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.278 e 280-281. Seguindo de perto o ensino deste Professor, *vide* DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.307 e segs.

²³³ Imagine-se que A, dono de um terreno rural, e que se encontra endividado, celebra com B um contrato de compra e venda absolutamente simulado com vista a salvar esse terreno de uma possível execução por parte dos credores. B ocupa esse terreno, mas não tem posse por falta de *animus possiendi*.

quoad effectum). O pretense adquirente não tem posse, é um mero detentor²³⁴. Quando assim não seja, isto é, quando esteja em causa um negócio real quanto aos efeitos o *animus* existirá (o pretense adquirente agirá intencionalmente como beneficiário do direito real) e havendo atribuição de poderes de facto, haverá posse titulada²³⁵.

Por outro lado, há vícios substanciais que fazem com que a posse seja não titulada. É o que ocorre se o negócio jurídico padecer de causas de inexistência (como sejam, por exemplo, os casos de coacção física²³⁶, ou de falta de vontade de acção ou de declaração – arts.245.º e 246.º)²³⁷. Nestas hipóteses o negócio-título não existe, logo a posse é não titulada. Os vícios substanciais que geram inexistência do negócio assumem relevância e fazem com que a posse seja não titulada.

Os vícios formais são os que verdadeiramente corrompem a existência de título. São vícios ostensivos e, como tal, a boa-fé do público não pode ser iludida²³⁸. Se o negócio for nulo por vício de forma, a posse é não titulada. Mas também o é a posse de uma coisa por parte de alguém que simplesmente dela se apossou, em virtude de aquisição paulatina ou inversão do título. Nestes casos, o título com base no qual se adquiriu a posse não é, mesmo em abstrato, idóneo à aquisição do direito real correspondente aos poderes de facto exercidos. Ninguém adquire o direito pela prática reiterada...ou por mudar de *animus*! Por outras palavras, a posse é titulada porquanto se funda num modo legítimo de adquirir, em abstrato, o direito real em cujos termos se possui, independentemente, quer do direito do transmitente quer da validade substancial do negócio jurídico. Nas hipóteses não

²³⁴ Pense-se na hipótese em que *A*, por qualquer razão, simula a compra e venda de um imóvel, mas em que o verdadeiro e querido negócio (o negócio escondido) é um comodato. *B*, contraparte do contrato, passa a habitar o imóvel, mas fá-lo apenas na qualidade de detentor, ele atua com a intenção de atuar como titular de um direito pessoal de gozo, e não como titular de um direito real, pelo que não tem posse.

²³⁵ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.278-279.

²³⁶ Nos termos do art.246.º a declaração negocial emitida sob coacção física “não produz qualquer efeito” e, portanto, deve ela ser havida como juridicamente inexistente. O negócio jurídico não existe e, por conseguinte, a posse é não titulada. Consequência diversa decorre do art.256.º para os casos de coacção moral, esta é, tão-só, causa de anulabilidade do negócio, pelo que o título existe, sendo a posse titulada. Assim, relativamente aos vícios de fundo, não afastam a existência de título as causas de nulidade ou de anulabilidade, esse poder está conferido às causas de inexistência do negócio jurídico. Cfr. PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.265-266; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.279-280.

²³⁷ Conforme explica DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.309, “seria estranho que, por exemplo, aquele que obteve a posse por hipnose do tradens...fosse beneficiado com uma posse titulada!”

²³⁸ Cfr. FRANÇA PITÃO, *ob. cit.*, p.64.

contempladas nesta disposição (com a advertência que fizéssemos em relação aos vícios substanciais²³⁹) a posse tem de ser havida por não titulada²⁴⁰.

De a posse ser titulada decorrem para o possuidor certas vantagens: se a posse for titulada presume-se que a posse actual existe desde a data do título (art.1254.º/2); em caso de esbulho, é havida como melhor, a posse que for titulada (art.1278.º/3); a posse titulada presume-se de boa-fé (art.1260.º/2), com importantes reflexos em matéria de usucapião: o prazo para usucapir é menor quando a posse é titulada e presuntivamente de boa-fé (art.1294.º a 1296.º).

Da circunstância de a posse ser titulada ou não titulada não decorre, efectivamente, que o possuidor está, respectivamente, de boa ou má-fé. Há apenas uma presunção nesse sentido que, todavia, pode ser ilidida mediante prova em contrário (art.1260.º, ns.º2 e 3). Na verdade, a falta de justo título não significa que se esteja em presença de um acto ilícito, nem a sua existência determina a licitude da actuação do possuidor. Estamos perante dois caracteres da posse autónomos entre si. O possuidor pode não ter título e estar de boa-fé [ex.: *A* vende a *B* um terreno; procede-se de imediato ao pagamento do preço e à *traditio* a favor do comprador; a escritura pública, porém, nunca chegou a ser celebrada (vício de forma, a posse de *B* é não titulada); *B* edificou o terreno sem oposição de *A* (*B* está de boa-fé, isto é, ignora que lesa o direito de *A*, «pois, obviamente, a quem “consente”, não se lesa o direito – *consentienti non fit injuria*²⁴¹»)]. Inversamente, o possuidor pode ter título e actuar de má-fé (ex.: *A* obtém de *B*, sob coacção moral, declaração de doação de um terreno pertencente a *B*; *A* passa a exercer poderes de facto sobre o terreno, pelo que tem posse e é titulada (o vício substancial de que o negócio padece não é impeditivo da existência de justo título); todavia *A* procede de má-fé, actua com conhecimento de que lesa o direito de *B*). Daí que, MENEZES CORDEIRO²⁴² proponha de *iure condendo* que a boa-fé se presuma sempre, quer haja ou

²³⁹ Há vícios substanciais que fazem com que a posse seja não titulada. Se esta advertência não fosse feita poder-se-ia cair no erro de dizer que “uma vez que a simulação é um vício que afecta a substância do negócio e não a forma, a posse deveria ser tida como titulada”. Citamos o exposto no sumário do Ac. T.R.L., de 26 de Março de 2015, (ANTÓNIO VALENTE), consultado em www.dgsi.pt, que todavia, logo acrescenta, “Tendo sido interposta acção judicial na qual foi declarado nulo o aludido negócio jurídico, e tendo a nulidade efeito retroactivo, tudo se passa como se o negócio nunca tivesse sido celebrado, pelo que a posse do Autor passa a carecer de título, e isto desde o início”.

²⁴⁰ Cfr. PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.58.

²⁴¹ Citamos DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.315.

²⁴² *A posse...ob. cit.*, p.96-97.

não título, salvo se houver violência²⁴³⁻²⁴⁴. Todavia, a solução de *iure condito* é compreensível, pois a existência de título, pese embora, não seja suficiente para fundamentar a boa-fé, constitui um forte indício de que se julgou adquirir o direito e, por conseguinte, de que a actuação sobre a coisa, consubstanciada na posse, é legítima e não causa prejuízo a outrem²⁴⁵.

A posse de boa-fé, conforme prescreve o art.1260.º/1, é a hipótese em que o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem. Antes de mais, importa considerar que a boa-fé aqui examinada é a boa-fé do sujeito ou em sentido subjectivo²⁴⁶, por contraposição à boa-fé objectiva ou regra de conduta²⁴⁷. Ora, a boa-fé subjectivista pode ser utilizada com dois diferentes alcances:

- um *sentido puramente psicológico*: basta que o possuidor ignore que lesa o direito de outrem para haver boa-fé;
- um *sentido ético*: exige-se que a ignorância do possuidor seja desculpável, isto é, que mesmo observando os deveres de diligência e cuidado que no caso caibam não lhe seja possível obter conhecimento do prejuízo que causa a outrem. Considerando-se de má-fé a ignorância culpável (porque com inobservância daqueles deveres); o possuidor conhecia ou, devia conhecer, certo facto.

Urge questionar, a boa-fé possessória tem natureza puramente psicológica ou ética? A resposta a esta questão não é consensual na doutrina. Há autores que defendem que o conceito de boa-fé ou má-fé, à face do art.1260.º/1, é meramente psicológico²⁴⁸; outros, porém, entendem que se deve exigir um conceito ético²⁴⁹.

²⁴³ A posse adquirida com violência é sempre considerada de má-fé (art.1260.º3). Com esta solução manifestou, a lei, o seu dissabor pela posse violenta.

²⁴⁴ Era a solução do Código de Seabra, onde no art.478.º podia ler-se: “A posse presume-se de boa fé, em quanto o contrário não se provar, salvo nos casos, em que a lei expressamente não admitir tal presunção.”

²⁴⁵ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.282.

²⁴⁶ A boa-fé subjectiva diz respeito a uma situação psicológica, a um estado de espírito ou ânimo do sujeito.

²⁴⁷ A boa-fé objectiva apresenta-se como uma regra de comportamento ética; como princípio geral que estabelece normas de conduta a serem observadas pelas partes na formação (art.227.º/1) e na execução dos negócios jurídicos (art.762.º/2) ou, por outro lado, restringindo o exercício dos direitos subjectivos de forma a evitar a sua prática abusiva (334.º). O nosso Código não a define, mas é corrente referi-la através dos deveres de lealdade, honestidade, correção, confiança recíprocas, informação, confidencialidade, *etc.* E é inteligível pela consideração de um patamar normal e geral de actuação: o Homem médio. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.94, nota 195.

²⁴⁸ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.20 e segs; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.281-283; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.310 e segs; VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *ob. cit.*, p.77, nota 142. É esta também a tese

O nosso Código não apresenta, neste aspecto, uma unidade do sistema jurídico, em certos casos requer um *simples desconhecimento* (sentido psíquico – arts.243.º/2 e 1340.º/4), noutros reclama um *desconhecimento sem culpa* (sentido ético – arts.291.º/3 e 1648.º/1)²⁵⁰. E tal unidade também não é de esperar, desde logo, porque “[...] a inserção do artigo 1260, n.º1, na unidade do sistema jurídico, deve começar pela inserção na unidade do próprio instituto: ora, no artigo 1281, n.º2, o conceito relevante do estado de espírito intelectual do possuidor é meramente psíquico. E, a inserção na unidade do sistema jurídico não pressupõe “unicidade”. Ou seja, pode haver diversidade nas situações que justifique diversidade nas soluções²⁵¹.” Ora, a redação do art.1260.º/1 é explícita, refere-se tão-só à ignorância do possuidor, sem que nenhum juízo de desculpabilidade ou censurabilidade desse desconhecimento lhe seja dirigido. Se o legislador quisesse conferir à boa-fé possessória uma natureza ética tê-lo-ia feito, como fez *expressis verbis* nos citados arts.291.º/3 e 1648.º/1. Pensamos que o conceito de boa-fé, em matéria de posse, tem, pois, carácter psíquico e, não ético (como a *bona fides romana*)²⁵². E não se restringe à ignorância dos vícios do título de que procede a posse, como resultava do art.476.º do Código de Seabra. Pode não haver título ou, não haver justo título, e haver boa-fé por se ignorar que se lesa o direito de outrem²⁵³. Concretizando, a ignorância de que se lesa o direito de outrem (a boa-fé) redundará não só da convicção positiva de que se está a exercer um direito próprio, porque adquirido por título válido, por se desconhecerem os vícios da

acolhida predominantemente pela nossa jurisprudência. A título ilustrativo, veja-se, o Ac. do S.T.J., de 11 de Janeiro de 2005, (AZEVEDO RAMOS), acessível em www.dgsi.pt.

²⁴⁹ É a tese defendida por MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.92 e segs, à qual vieram posteriormente aderir PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.66; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.302-303; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.129; PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.267 e segs.

²⁵⁰ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A posse...ob. cit.*, p.94; ORLANDO DE CARVALHO, «Introdução à posse» in *loc. cit.*, p.282; DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.313.

²⁵¹ Citamos DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.313. Em oposição, segundo MENEZES CORDEIRO, “*Estes preceitos devem ser todos integrados, sofrendo um processo de interpretação sistemática, em nome do princípio da igualdade e da regra da unidade da Ordem Jurídica.*” *A posse...ob. cit.*, p.95. O itálico é do original.

²⁵² O Código Civil Italiano aparentemente adopta uma solução ética quando, no seu art.1147.º estabelece que é possuidor de boa-fé quem possui ignorando que lesa o direito de outrem, mas a boa-fé não releva se a ignorância resulta de culpa grave. Idêntica construção emerge do art.19.º do anteprojeto de PINTO COELHO, in *loc. cit.*, em cujo n.º1 se podia ler: “A posse diz-se de boa-fé quando o possuidor ignore que a sua actuação pode ser lesiva de um direito alheio”, e no n.º2 acrescentava: “A ignorância é, contudo, irrelevante se procede de culpa ou negligência grave do possuidor.” Porém, doutrina mais atenta faz notar que, em qualquer destas redacções a boa-fé surge como um conceito psíquico, ao qual é depois aditado algo mais: o de que a posse, ainda que seja de boa-fé (por ignorância psíquica), todavia, não será relevante se assentar em culpa grave. Cfr. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.313-314.

²⁵³ Contrariamente ao disposto no art.476.º do Código de Seabra que relacionava o conceito de boa-fé com a existência de título, o actual art.1260.º estabelece a independência destes caracteres. Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.98.

aquisição²⁵⁴; como também, da consciência, por parte do possuidor, de que o direito não lhe pertence, mas estar convencido, apesar disso, de que, exercendo-o, não prejudica o verdadeiro titular; ou, ainda, da convicção de que não existe nenhum direito de terceiro, que seja lesado com a sua posse²⁵⁵. Nestes dois últimos casos o possuidor tem conhecimento dos vícios da aquisição, mas ainda assim está de boa-fé, por desconhecer que, com a sua posse, lesa um direito alheio. A consciência do possuidor de que não é titular do correspondente direito não afecta, necessariamente, a boa-fé em que incorra. Exemplificando: *fez-se uma partilha sem forma legal e ficaram os co-herdeiros na posse e fruição dos bens que lhes couberam; prometeu-se vender um prédio que é logo entregue ao promitente-comprador, como se seu fosse já; ou vende-se o prédio, protelando-se a celebração da escritura para momento posterior*²⁵⁶.

A concepção psicológica da posse peca, porém, pela sua impraticabilidade²⁵⁷, ou seja, é muito difícil provar o que se passa no espírito das pessoas, se estão de boa ou má-fé. Daí que a lei, para obviar estas situações, recorra a presunções: a posse titulada presume-se de boa-fé; a não titulada de má-fé (art. 1260.º/2).

De notar ainda, que a boa ou má-fé nada tem que ver com o *animus* da posse. O conhecimento, por um lado ou, o desconhecimento, por outro, por parte do possuidor, de que o direito correspondente à sua actuação de facto, não lhe pertence, não impede, nem impulsiona, respectivamente, a existência de posse a seu favor. Um ladrão que furta um objecto, e age como sendo dono dele, tem posse, pois tem *animus possidendi*, mas está de má-fé (sabe que lesa o direito de outrem)²⁵⁸. A posse é posse, quer o possuidor esteja de boa ou má-fé.

O momento relevante para aferir da boa ou má-fé da posse é o da sua aquisição. Assim, a posse será de boa-fé se, no momento da sua aquisição, o possuidor desconhecia que com a sua actuação lesava o direito de outrem; será de má-fé se, nesse momento, tinha esse conhecimento. O que pode acontecer, porém, é uma alteração superveniente²⁵⁹ desta

²⁵⁴ Por exemplo, uma venda celebrada por quem não tenha legitimidade, por não ter o direito de que dispõe (*venda a non domino*).

²⁵⁵ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.21.

²⁵⁶ Os exemplos de que nos valemos no texto pertencem a PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.21.

²⁵⁷ Este é, na verdade, um dos argumentos que MENEZES CORDEIRO utiliza como forma de reacção contra a propagação da tese da boa-fé psicológica. *A posse...ob. cit.*, p.94.

²⁵⁸ Cfr. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.176 e 310.

²⁵⁹ Para esta alteração pode contribuir a citação do possuidor, já que esta faz cessar a boa-fé em que aquele se achava. Cfr. o art.481.º, al. a) do C.P.C.

característica, isto é, o possuidor estava de boa-fé, ou seja, ignorava qualquer tipo de lesão que pudesse decorrer, para outrem, da sua actuação sobre a coisa, e passa a ter conhecimento dessa situação, actuando, agora, de má-fé²⁶⁰. Nestes casos as consequências são evidentes quanto ao regime dos frutos (arts.1270.º e 1271.º), dos encargos (art.1272.º), da responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa (art.1269.º), das benfeitorias voluptuárias (art.1275.º) e para efeitos de usucapião, com aumento dos prazos a título de repressão da má-fé (arts.1294.º e segs). Ou seja, a posse “boa para usucapião” pode ser de má-fé, com a única desvantagem de ampliação dos prazos. Mais uma vez a solução da lei deixa-nos reticentes. Quem actua sobre uma coisa sabendo, perfeitamente, que lesa o direito de outrem, não deveria ver a sua actuação completamente desprotegida? Um simples alargamento do prazo (de meros cinco anos!) é uma solução considerada razoável? Não deveria, antes, a má-fé estar submetida a consequências mais gravosas, como sejam, a impossibilidade de fundar uma aquisição por usucapião? A exigência de boa-fé do possuidor, pelo menos, no momento da aquisição da posse, não deveria ser requisito essencial a par das características pública e pacífica da posse? Entendemos que sim. Não vemos como, na base da aquisição de um direito, possa estar uma situação desonesta marcada por uma intenção deliberada de prejudicar (o verdadeiro titular).

6. NECESSIDADE DE INVOCAÇÃO, JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL, DA USUCAPIÃO

Por último, mas não em grau de importância, a usucapião tem de ser invocada pelos interessados²⁶¹, ela não opera automaticamente *ipso jure*, uma vez decorrido o prazo da posse *ad usucapionem* fixado na lei, nem o tribunal pode supri-la *ex officio*. Isto decorre do disposto no art.303.º aplicável por força do art.1292.º. Uma vez invocada, os seus efeitos retroagem à data de início da posse (arts.1288.º; 1317.º al. d))²⁶². A invocação da usucapião permite a aquisição retroactiva do direito para o até ali possuidor e, consequentemente, a perda, desse mesmo direito, por parte do até ali proprietário, também retroactivamente.

²⁶⁰ O inverso, o possuidor estar de má-fé e passar a actuar de boa-fé, é incabível.

²⁶¹ Os interessados em invocar a usucapião não são só aqueles que dela beneficiam directa ou indirectamente (o possuidor, os seus credores ou, terceiros com interesse na aquisição, por exemplo um fiador – art.305.º), mas, em igualdade de circunstâncias, os seus representantes ou, no caso de se tratar de um incapaz, o Ministério Público – art.303.º. *Vide* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.71-72.

²⁶² Considera MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.342, que “a razão de ser desta regra parece estar na intenção de reforço da legitimação da conduta do possuidor.”

A invocação da aquisição do direito por usucapião pode fazer-se, se a posse durou o tempo estritamente necessário para esse efeito, mesmo que depois se tenha perdido tal posse. A existência de posse (qualificada) durante o período temporal fixado na lei preenche a factualidade básica para usucapir. Além disso, a faculdade de invocar a aquisição do direito por usucapião não prescreve. O que pode, contudo, suceder é o desenvolvimento, a favor de terceiro, de outra posse “prescricional” e, caso este invoque em primeiro lugar a aquisição do direito por usucapião, preclui idêntica possibilidade a favor do primeiro possuidor (art.1313.º). Todavia, se a posse se perdeu antes de completado o prazo, fixado na lei, para haver lugar à usucapião, e mesmo que o possuidor venha a obter nova posse, não pode juntar a esta nova posse aquela que, anteriormente perdeu. Pois, neste caso, não há lugar nem a sucessão (art.1255.º)²⁶³, nem a acessão (art.1256.º)²⁶⁴⁻²⁶⁵.

A lei fala em *faculdade* do possuidor em adquirir o direito. Razões de ordem moral são apresentadas, pelos autores, como a “explicação mais plausível para esta opção legislativa²⁶⁶”, considerando que “não obstante a usucapião – e a prescrição – terem na sua base ponderosas razões de ordem económico-social, ambas elas bolem, quanto ao seu exercício, com critérios de ordem moral, sobre os quais só a consciência de cada um pode e deve, em princípio, ser chamada a decidir soberanamente²⁶⁷.” Justificação, esta, que deixa muito a desejar, por, em inúmeros casos, a actuação do possuidor sobre a coisa estar corrompida pela intenção de prejudicar o verdadeiro titular do direito, ou melhor, pela intenção de obter uma vantagem ilegítima, porque à custa de património alheio. Esta razão sugere que a aquisição de um direito por usucapião pode decorrer de uma actuação injusta e desonesta, por a consciência do possuidor assim se revelar. A nosso ver, só quando as situações a que o instituto da usucapião se aplica forem revistas e reduzidas, para que

²⁶³ A sucessão supõe uma posse única, a do *de cuius*, que por virtude da sua morte passa, com todos os seus caracteres, aos seus sucessores.

²⁶⁴ A acessão na posse pressupõe, desde logo, a existência de posses ligadas entre si por um nexo de aquisição derivada (diverso da sucessão por morte). Não vamos debruçar-nos, desenvolvidamente, por razões de clara economia discursiva, sobre esta figura, pelo que remetemos para o artigo de VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão na posse...» in *loc. cit.*, p.121 e segs, que aborda de forma excepcional este instituto.

²⁶⁵ Cfr. DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.517-518.

²⁶⁶ Citamos VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.81.

²⁶⁷ Citamos PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.65.

apenas actuações lícitas²⁶⁸ possam fundá-la, será esta justificação apropriada. De facto, uma coisa é certa, as aquisições querem-se voluntárias.

Tendo o possuidor em seu benefício a reunião de todos os necessários pressupostos da usucapião é imperioso que *manifeste a sua vontade* (expressa ou tácita²⁶⁹) no sentido de adquirir o direito real correspondente ao senhorio de facto por ele exercido. E tal manifestação de vontade pode ser efectuada quer judicialmente (no âmbito de uma acção judicial²⁷⁰) quer extrajudicialmente²⁷¹ (valendo, neste aspecto, o princípio da liberdade de forma²⁷² a invocação da usucapião pode ser feita, por exemplo, através de declaração verbal, por carta registada com aviso de recepção, mediante notificação judicial avulsa²⁷³ ou notificação edital a incertos, *etc*; no entanto, saliente-se, que os meios de invocação extrajudicial da usucapião que, todavia, ganham primazia são a escritura de justificação notarial – arts.89.º a 101.º do Código do Notariado²⁷⁴ – e o processo de

²⁶⁸ Referimo-nos a todos aqueles casos em que a posse se adquiriu por tradição material ou simbólica da coisa (art.1263.º al. *b*)) em virtude de uma aquisição derivada (que, todavia, não transferiu o direito). Por exemplo, quando alguém vende um imóvel a outrem que passa a actuar sobre o bem como se fosse seu, adiando-se a feitura da escritura pública que, na verdade, nunca chega a ser celebrada. A invocação da usucapião, nestes casos, é compreensível.

²⁶⁹ A invocação tácita da usucapião decorre da alegação de factos que integrem, de modo manifesto, os respectivos requisitos constitutivos e revelem a intenção inequívoca de fundar o direito na usucapião. *Vide*, MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares para fins do registo predial e a figura da justificação na actualidade» in *B.F.D.*, Vol.85, 2009, Coimbra, p.447-529, em especial p.491, nota 53. Na jurisprudência do Supremo Tribunal *vide*, neste sentido, o Ac. de 3 de Fevereiro de 1999 (SOUSA DINIS) e o Ac. de 18 de Novembro de 2008 (FONSECA RAMOS). Também o Ac. do T.R.E., de 20 de Março de 2007 (MATA RIBEIRO) proclama este sentido. Toda a jurisprudência constante desta nota encontra-se acessível em www.dgsi.pt.

²⁷⁰ É corrente a invocação da usucapião no âmbito de uma acção de defesa do direito de propriedade, quer por parte do autor quer por parte do réu. *Vide*, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.790, nota 1494. De modo exemplificativo, *vide*, o Ac. do S.T.J., de 18 de Junho de 2014, (ABRANTES GERALDES), consultado em www.dgsi.pt.

²⁷¹ No Brasil, com a recente reforma do Código de Processo Civil, foi criado, sem prejuízo da via jurisdicional, um procedimento totalmente administrativo (art.1071.º) para reconhecimento da usucapião, daí que se fale de usucapião administrativa. Esta inovação visou afastar dos tribunais todas as situações que não envolvam litígio. A usucapião administrativa brasileira equipara-se à nossa invocação extrajudicial da usucapião que ocorre através da justificação de direitos. Uma divergência notável é de salientar, enquanto entre nós só havendo oposição é que o processo de justificação finda (havendo conflito o conservador deixa de ter competência para declarar a aquisição do direito por usucapião) e, portanto, se não houver oposição o processo prossegue com a produção de prova; no Brasil verifica-se o inverso, o silêncio (dos eventuais interessados) é interpretado como discordância fazendo cessar o procedimento administrativo. Esta é uma medida que quase inviabiliza a usucapião: o procedimento está estruturado no sentido de proteger cabalmente o titular da propriedade e a usucapião vem como excepção.

²⁷² Princípio consagrado no art.219.º do C.C.

²⁷³ “A notificação judicial avulsa é um acto judicial que não se inscreve em qualquer processo pendente (...)”, daí que se inclua na via extrajudicial de invocação da usucapião. Cfr. ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Citações e notificações em Processo Civil*, Lisboa, 2011, p.18, consultável em http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/Citacoes_e_Notificacoes_em_Processo_Civil_Dr_Antonio_Jose_Fialho_Juiz_de_Direito_.pdf.

²⁷⁴ Doravante mencionado, por razões de praticabilidade, através da abreviatura C.Not..

justificação a correr nos serviços do Registo Predial – arts.116.º e segs do Código do Registo Predial²⁷⁵)²⁷⁶.

Posto isto pergunta-se: a invocação da usucapião pode efectuar-se, em plena igualdade, tanto judicial como extrajudicialmente? No preâmbulo do Dec.-Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro que introduziu várias alterações ao C.R.Pred. pode ler-se o seguinte: “O presente diploma opera a transferência de competências em processos de carácter eminentemente registral dos tribunais judiciais para os próprios conservadores de registo, inserindo-se numa estratégia de desjudicialização de matérias que não consubstanciam verdadeiro litígio. Trata-se de uma iniciativa que se enquadra num plano de desburocratização e simplificação processual (...).” Ora, da leitura deste excerto resulta que, não havendo litígio, cabe às conservatórias a competência exclusiva para declarar que a propriedade de um determinado imóvel foi adquirida por usucapião²⁷⁷. *A contrario*, havendo litígio²⁷⁸, tal competência já não lhes pertencerá. Em tais casos, só os tribunais

²⁷⁵ As referências futuras ao Código de Registo Predial assumirão a designação de C.R.Pred..

²⁷⁶ A escritura de justificação notarial e o processo de justificação são meios de suprimento títulos. Foi esta, na verdade, a função para a qual as justificações foram pensadas e legalmente reguladas. O possuidor que não disponha de documento bastante para provar a aquisição do seu direito pode socorrer-se destas figuras. Não obstante o que se diz, as justificações podem ser utilizadas para invocar, de forma expressa ou tácita, a usucapião. Nestes casos, a justificação não visa só, e em primeiro lugar, suprir a falta de título, mas também, e em especial, ser um meio extrajudicial de invocação da usucapião. Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.789, nota 1493; «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.513 e segs.

²⁷⁷ Assim, o Ac. do S.T.J., de 25 de Novembro de 2004, (MOITINHO DE ALMEIDA), disponível em www.dgsi.pt. Na verdade, os tribunais têm-se declarado incompetentes em razão da matéria para reconhecer que um direito foi adquirido por usucapião, sempre que não haja qualquer litígio ou controvérsia. Os autores não podem agora socorrer-se de uma pura acção declarativa de aquisição da propriedade por usucapião (podem evidentemente instaurar uma acção de reivindicação ou uma acção negatória, mas estas pressupõem algo mais do que um mero pedido declaratório de reconhecimento da titularidade). Cfr. MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.515-516, nota 125.

²⁷⁸ Quer o litígio emergia *ad initio*, caso em que o interessado deve, logo, intentar a respectiva acção judicial, de modo a evitar actos e procedimentos inúteis no registo; quer ocorra de forma superveniente, quando o processo de justificação for declarado findo por ter sido deduzida oposição e os interessados haverem sido remetidos para os meios judiciais (arts.117.º-F, n.º7 e 117.º-H, n.º2 do C.R.Pred.) ou no caso de recurso da decisão final do serviço do Registo (arts.117.º-J; 117.º-L e 117.º-M do C.R.Pred.) e, quando houver sido impugnada em juízo a escritura de justificação (art.101.º C.Not.). Daqui resulta, que é no momento em que se vai invocar a usucapião que se procede à averiguação da existência ou inexistência de litígio para saber qual a via a optar (a judicial ou a extrajudicial). É verdade que na maioria dos casos só depois de efectuada a invocação é que se desencadeia o litígio, mas nem por isso devem estas situações merecer, logo, acolhimento nos tribunais. Nestes casos a invocação deve ocorrer extrajudicialmente e só quando, eventualmente, se iniciar o conflito devem os tribunais tomar para si a resolução da controvérsia. Discordamos, portanto, da decisão tomada no Ac. do T.R.L., de 2 de Julho de 2009, (JORGE LEAL), consultado em www.dgsi.pt, quando reconheceu que a falta de litígio inicial não impediu que a interessada recorresse ao tribunal para, tão-só, ver declarada a seu favor a aquisição do direito de propriedade por usucapião, uma vez que os réus, em fase de contestação, vieram impugnar os factos alegados pela autora. Por acaso os réus exerceram o seu direito ao contraditório mas, e se não o tivessem feito? Uma acção judicial ter-se-ia desenvolvido contra a medida de desjudicialização proposta e imposta pelo legislador. Não é que isto fosse muito grave, mas não se

judiciais estarão habilitados a dirimir a controvérsia. É um erro, pois, considerar que, com a desjudicialização do processo de justificação²⁷⁹, a usucapião deixou de poder ser invocada judicialmente. A usucapião pode ser invocada judicialmente, mas tal via fica reservada aos casos marcados pela conflitualidade. Onde flui, que é a existência ou inexistência de litigiosidade que determina a entidade com competência para declarar a aquisição de um direito por usucapião. Em regra a competência para este efeito pertence às conservatórias e, só assim não será, quando existir litígio, caso em que os tribunais judiciais são os únicos competentes para esse efeito. Visto isto, a escolha pela via judicial ou, ao invés, extrajudicial de invocação da usucapião não é indistinta, tudo depende da existência ou não de litígio. O conservador do Registo Predial tem competência exclusiva neste caso, mas perde-a, e de modo exclusivo, para os tribunais, naquele. E tudo o que se disse aplica-se, por identidade de razão, à escritura de justificação notarial²⁸⁰, também esta, na ausência de qualquer conflito, pode ser utilizada para invocar a usucapião e, por conseguinte, obter o “título formal” que viabilize a publicitação, do direito adquirido originariamente, no Registo.

Atentemo-nos agora e, mais detalhadamente, no plano da invocação extrajudicial da usucapião. Como vimos, os meios que, a este nível, ganham especial utilidade são a escritura de justificação notarial e o processo de justificação a correr nos serviços de Registo Predial. Estas figuras consubstanciam, na verdade, os meios privilegiados de

harmonizaria com a vontade do legislador, que tem um peso considerável. No nosso entender, não havendo litígio *ad initio*, a invocação da usucapião tem de ser efectuada extrajudicialmente; só em casos muitos apertados de a dedução da impugnação ser gritante se poderá admitir a invocação judicial. (Uma nota apenas para dizer que neste acórdão não se coloca o problema da competência material do tribunal, como aludimos na nota acima, mas antes a falta de interesse em agir da autora).

²⁷⁹ Foi o Código de Registo Predial de 1959 (aprovado pelo Dec.-Lei n.º42 565, de 8 de Outubro de 1959) que criou o processo de justificação judicial e, ao lado, deste admita a escritura de justificação notarial. Este sistema dualista manteve-se no Código de 1967 que conservou estes expedientes nas suas linhas gerais. Entretanto, o processo de justificação judicial foi relegado para diploma próprio, o Dec.-Lei n.º284/84, de 22 de Agosto. Só com o Dec.-Lei n.º273/2001, de 13 de Outubro foi aquele diploma revogado operando uma profunda modificação com a desjudicialização do processo de justificação. As normas respeitantes à justificação judicial fazem hoje parte do processo constante do C.R.Pred. (arts.116.º e segs) mas, note-se, isto não significa que ao conservador tenham sido atribuídas funções judiciais, este processo, ao contrário daquele, tem natureza meramente administrativa. Cfr. ISABEL PEREIRA MENDES, «Justificações e princípios registrais», p.10 e segs, consultado no site:

http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/isabelpereiramendes_justificacoesprincipiosregistrais.pdf. Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução histórica do registo predial em Portugal *vide* MOUTEIRA GUERREIRO, *Sobre a problemática da titulação e do registo à luz do Direito Português*, Coimbra Editora, 2014, p.422 e segs.

²⁸⁰ As diligências que se desenvolvem no âmbito de um processo de justificação não diferem em muito das ocorridas no Cartório Notarial, aquando da feitura de uma escritura de justificação. Não é nossa intenção referir desenvolvidamente os trâmites de um e de outro mecanismo, uma vez que eles estão bem explícitos nos arts.117.º-B e segs do C.R.Pred. e nos arts.89.ºe segs do C.Not., respectivamente.

invocação da usucapião no plano extrajudicial. E porquê? Porque permitem que, num único momento, se invoque a usucapião e se adquira um documento que comprove a aquisição originária do direito de forma a poder publicitá-lo pelo registo²⁸¹. De facto, nada obsta a que primeiro se invoque a usucapião (por qualquer forma, já que vigora a regra da liberdade de forma) e, depois se recorra à justificação²⁸² para, tão-só, obter um título capaz de viabilizar a publicitação do direito usucapido, mas não é esta a prática corrente. Na esmagadora maioria dos casos, quem pretende invocar a usucapião extrajudicialmente socorre-se, logo, da justificação, adquirindo, conseqüentemente, a documentação necessária para provar a aquisição originária do direito, em vista do registo.

A justificação é essencialmente uma providência simplificada destinada a colmatar a falta de títulos comprovadores dos direitos e, portanto, assume um carácter excepcionalíssimo. O comum ou normal dos casos é que os titulares dos direitos (não só estes, mas pelo menos estes já que são os directamente afectados pela falta ou insuficiência do título) conservem os documentos que os titulam. Porém, pode acontecer que estes documentos não se encontrem²⁸³ ou, nem sequer existam²⁸⁴. O que fazer nestes casos? Das duas uma: ou têm-se essa falta por insuprível e, por conseguinte, torna-se irrealizável registar os factos aquisitivos dos direitos com todas as implicações que daqui possam advir (nomeadamente, a inoponibilidade dos direitos em relação a terceiros, mas não só, também a impossibilidade de alienar ou onerar o imóvel) ou, ao invés, permite-se colmatar essa falta. Foi esta última a opção do nosso legislador que pressagiando inúmeras situações de

²⁸¹ A usucapião é registável (arts.2.º/1, al. a); 5.º/1 e 2, al. a) C.R.Pred.), e mais, o seu registo passou a ser obrigatório (art.8.º-A/1, al. a) C.R.Pred.), no sentido de que a sua não realização, pelas entidades a tal obrigadas, determina a aplicação de sanções. Mas o seu registo tem efeito meramente enunciativo, ou seja, tem em vista, tão-só, assegurar que o facto de aquisição do direito por usucapião seja conhecido pelo público em geral. A este propósito é comum apelidar-se o efeito enunciativo do registo de *publicidade-notícia*. Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.358; PENHA GONÇALVES, *ob. cit.*, p.124. Deste modo, o registo do facto de aquisição do direito por usucapião não acrescenta nada de novo à situação jurídica do adquirente, por um lado; e por outro, a sua não realização em nada afecta a existência ou invocação do direito adquirido. A eficácia da usucapião perante terceiros não depende do registo: não é aumentada pela sua feitura e não é abalada pela sua não realização. Cfr. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.135.

²⁸² O recurso à justificação é imperioso para quem pretenda a publicitação registal do direito usucapido. O registo do direito só pode ser lavrado com base num documento e, este só é possível obter (dado que se trata de um direito adquirido originariamente e, portanto, sem dependência de qualquer direito anterior) por meio da figura da justificação. Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.789, nota 1493.

²⁸³ Porque, exemplificando, perderam-se, extraviaram-se, destruíram-se (num incêndio, por exemplo) e não se sabe qual foi a entidade cartorial perante a qual foram celebrados.

²⁸⁴ É o que acontece quando o direito é adquirido originariamente ou, também quando é celebrada uma aquisição derivada inválida, porque não documentada, isto é, com inobservância das formalidades legais exigidas.

falta de títulos e, evidentemente preocupado com o claro prejuízo que daí adviria para o regular tráfego jurídico, concebeu e disciplinou a escritura de justificação notarial e o processo de justificação que corre nas conservatórias. Compreende-se, ademais, esta opção uma vez que o nosso sistema de registo predial assenta justamente nos princípios do trato sucessivo e da legitimação²⁸⁵.

O princípio do trato sucessivo, consagrado no art.34.º do C.R.Pred., é um dos traços fundamentais do sistema de registo predial português. Segundo este princípio não pode ser lavrado o registo definitivo de actos pelos quais se transmitem direitos ou constituem encargos sobre bens imóveis, sem que os bens transmitidos ou onerados não estejam inscritos definitivamente a favor do transmitente ou de quem os onera. Resumidamente, é sempre necessária a intervenção do titular definitivamente inscrito para poder ser lavrada nova inscrição definitiva²⁸⁶. Com este princípio pretende-se assegurar uma cadeia ininterrupta de inscrições de alienações ou onerações relativas a certa coisa, desde a pessoa primeiramente inscrita como titular do correspondente direito até quem figura, no novo acto a registar, como autor da alienação ou oneração dessa coisa, visando, desta forma, conferir ao registo um elevado grau de credibilidade e certeza. Em reforço da protecção concedida pelo princípio do trato sucessivo surge o princípio da legitimação²⁸⁷ previsto no art.9.º/1 do C.R.Pred., na medida em que impede, em geral²⁸⁸, que sejam titulados actos jurídicos de que resulte a transmissão ou constituição de encargos sobre imóveis, sem que estes estejam definitivamente inscritos a favor de quem os transmite ou constitui o encargo. Este princípio respeita, assim, à *legitimidade*²⁸⁹ para dispor (alienar ou

²⁸⁵ Para melhor conhecimento destes princípios, bem como das alterações a que estiveram sujeitos *vide* JOÃO BASTOS, «A Reforma do Registo Predial no âmbito dos princípios da legitimação e do trato sucessivo», consultado em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>.

²⁸⁶ Parece-nos, porém, que nada obsta a que seja lavrado um registo provisório. Seguimos de perto o entendimento de MOUTEIRA GUERREIRO, *Sobre a problemática da titulação e do registo... ob. cit.*, p.493-494, nota 1136, ao considerar que a falta do registo definitivo por parte do disponente pode decorrer de uma mera *desactualização* do registo (por existir título em que o titular alienou ao que ora foi transmitente e não uma alienação *a non domino*) ou, então ocorrer a *convalidação* do contrato translativo (art.859.º C.C.). Não pretendemos alargar-nos em torno do circunstancialismo jurídico-dogmático do registo provisório, pelo que remetemos esta questão para quem tão bem dela trata, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.109 e segs; «O registo provisório de aquisição», disponível em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>.

²⁸⁷ CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.123, apelida este princípio de “*guarda avançada*” do princípio do trato sucessivo.

²⁸⁸ Exceptuam-se apenas desta solução as situações previstas nas alíneas do n.º2 do art.9.º do C.R.Pred..

²⁸⁹ Pergunta-se, legitimidade registal ou legitimidade substantiva? Decerto legitimidade registal. A sanção para a inobservância do princípio não é a nulidade do negócio, como propõe MENEZES CORDEIRO, «Evolução juscientífica e direitos reais», publicado na *R.O.A.*, ano 45 (1985), I, p.108, uma vez que não está aqui em causa um problema de legitimidade substantiva assente na titularidade, mas antes de legitimação

onerar) de um imóvel e, tal está, em regra, circunscrita ao titular inscrito. Por outras palavras, para dispor de um imóvel é essencial que se verifique a existência prévia do registo a favor do disponente, e isto, com um contributo inestimável para a segurança das transações imobiliárias já que ninguém pode transmitir aquilo que não tem, segundo o velho brocardo *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*. Simplificando, enquanto o princípio do trato sucessivo proíbe a feitura do registo definitivo sempre que o trato esteja interrompido; o princípio da legitimação, vai mais longe, e impede a própria prática do acto a registar²⁹⁰. Criou-se, com o estabelecimento destas regras, um sistema de obrigatoriedade indirecta de registo²⁹¹, de forma a fazer corresponder a situação real da

formal ou registal. Se o notário celebra o acto, não obstante não haver inscrição a favor do alienante ou onerante, ficará sujeito a sanções disciplinares. Neste sentido, *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.349; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.125-126; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.261. Aliás, a legitimidade registal presume a legitimidade substantiva (o titular inscrito presume-se o titular do direito), se aquela está verificada, esta presumivelmente também está.

²⁹⁰ O princípio do trato sucessivo dirige-se a quem tem de efectuar o registo, ou seja, ao conservador ou registrator, ao passo que o princípio do trato sucessivo se dirige ao titular, enquanto entidade a quem cabe titular o acto de alienação ou oneração dos prédios. Cfr. MOUTEIRA GUERREIRO, *ibidem*, p. 489 e 492.

²⁹¹ O princípio da obrigatoriedade directa de registo foi introduzido pelo Dec.-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, e consta actualmente do art.8.º-A do C.R.Pred.. A este acresce a obrigatoriedade indirecta (que já marcava o sistema de registo predial português na versão anterior ao Dec.-Lei n.º116/2008), resultante, designadamente, do art.9.º do C.R.Pred., de que falamos no texto; do art.54.º/1, 2 do C.Not., que estabelece que, salvo algumas excepções (as previstas no n.º3), não podem ser lavrados instrumentos de constituição ou transmissão de direitos sobre prédios se os mesmos não estiverem inscritos a favor do constituinte ou alienante do direito; e do art.º5 do C.R.Pred., ao determinar, em geral, que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo. Cfr. PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.143-144. Adiante-se que, a obrigatoriedade do registo não se confunde com o efeito constitutivo que dele pode derivar. Como refere, e bem, MOUTEIRA GUERREIRO, *Sobre a problemática da titulação e do registo...ob. cit.*, p.457, nota 1038, “(...) a introdução da obrigatoriedade do registo não alterou os efeitos do registo. O principal fim da obrigatoriedade – continua o autor – é a tentativa de que o registo esteja sempre “o mais possível” actualizado.” O carácter obrigatório do registo apenas sujeita as entidades obrigadas a promovê-lo e, que não o realizem, a sanções. O efeito constitutivo do registo, por seu turno, determina que a inscrição registal é um elemento necessário para operar a aquisição, modificação ou extinção de direitos reais. A regra do nosso sistema é a de que o registo não tem eficácia constitutiva (salvo no caso da hipoteca – art.687.º C.C.), pese embora, adoptar, actualmente, um sistema de registo predial obrigatório – arts. 8.º-A a 8.º-D C.R.Pred.. Não tem razão, portanto, PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.146, ao escrever, “Agora, é claro não só que o processo de constituição ou transmissão de direitos sobre prédios só termina com o registo dos factos a ele submetidos como que esse registo é um aspecto central.” Questão diferente é a de saber se uma simples sanção pecuniária cumpre o objectivo pretendido pelo legislador, de actualização dos registos, potenciando a coincidência entre as realidades física, substantiva e registal, tudo em prol da segurança do comércio jurídico imobiliário. ISABEL PEREIRA MENDES, «Justificações e princípios registrais» in *loc. cit.*, p.14, entende que a obrigatoriedade do registo instituída é “extremamente falível, porque o não cumprimento da obrigação de promover a inscrição no registo só causa a penalização financeira de algumas, e não de todas as entidades obrigadas a isso.” Acrescentando, logo de seguida, que “mantêm-se os actos de titulação absolutamente intocáveis, mesmo sem inscrição quando, na verdade, o desiderato pretendido só poderia ser conseguido se tais actos, quando e enquanto não registados, viessem a sofrer de ineficácia.” Esta solução não nos parece, todavia, totalmente procedente. Na verdade, um negócio ou acto jurídico sujeito a registo mas não registado, para além de sujeitar a entidade obrigada a promover o registo a uma sanção pecuniária, é ineficaz em face de terceiros (art.5.º/1 C.R.Pred.), factor este que, a nosso ver, pesa também consideravelmente na promoção da actualização do registo, através do ingresso dos prédios no registo. Os actos de titulação não são assim, em regra, “absolutamente intocáveis”, é necessário proteger os terceiros. Se

titularidade dos direitos de propriedade sobre imóveis com a respectiva situação registal ou tabular. É que, salvo em casos pontuais, quem pretende transmitir ou onerar um prédio está obrigado a dirigir-se, previamente, à conservatória do Registo Predial competente para obter, a seu favor, a inscrição definitiva desse mesmo bem, como condição necessária para o poder transmitir ou onerar, dado que os bens imóveis só podem ser alienados ou onerados com intervenção do proprietário inscrito. Ora, visto isto, depreende-se que possibilitar o suprimento dos títulos seja a solução mais razoável pois, de outro modo, o próprio comércio jurídico imobiliário ficaria gravemente constrangido. Sem título não é possível obter o registo; sem registo não é possível legitimar a titulação dos atos de disposição, enfim sem registo não é permissível alienar ou onerar o bem.

A justificação visa, assim, possibilitar o estabelecimento do trato sucessivo, sempre que os interessados não disponham de títulos²⁹² que comprovem os seus direitos.

Três são as modalidades que a justificação pode revestir, vejamos:

a) Justificação para *estabelecimento do trato sucessivo* (art.116.º/1C.R.Pred. e art.89.º C.Not.): com esta justificação visa-se obter a primeira inscrição, pelo que, estão em causa prédios ainda não descritos ou, embora, descritos, quando sobre eles não incida inscrição de aquisição ou equivalente.

alguém, em virtude do incumprimento do dever de registar por parte das entidades a isso obrigadas, não poder invocar um facto sujeito a registo, poderá exigir uma indemnização a essas entidades por esse prejuízo, verificados os pressupostos da responsabilidade civil (cfr. PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.157). Porém, há casos de actos de titulação absolutamente intocáveis, isto é, produzem todos os seus efeitos mesmo contra terceiros, independentemente do registo. É o que ocorre com a usucapião (art.5.º/2, al. a) C.R.Pred.). Nestes casos já o entendimento da autora parece compreensível. Advirta-se também que o carácter obrigatório ou facultativo do registo nada tem que ver com a circunstância de a sua feitura depender ou não do impulso dos interessados, sobre isto rege o princípio da instância – art.41 do C.R.Pred. (ainda que haja uma certa ligação, pois o registo apesar de depender do impulso dos interessados pode ser obrigatório e, neste caso, o interessado não tem apenas o ónus de requer o registo, tem antes o dever de o fazer, sob pena de lhe ser aplicada uma sanção). *Vide*, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p.113 e segs. Mais uma vez dissentimos de PINTO DUARTE, «A reforma do registo predial de Julho de 2008» in *Revista do Notariado*, n.º1, Maio de 2009, disponível em http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf.manager/37_REFORMAREGISTOPREDIAL2008.PDF, p.17, quando afirma que, como Dec.-Lei n.º116/2008, a oficiosidade passou a prevalecer.

²⁹² Reafirmamos que a falta de título sobrevém quando alguém adquire um direito originariamente, por usucapião. Daí que haja “um forte laço entre a justificação e a usucapião”, na expressão de PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.150. Mas não só. A falta de título pode advir, também, do facto de ter sido celebrada uma aquisição derivada inválida, porque, por exemplo, com inobservância das formalidades legais exigidas ou, apesar da celebração de uma aquisição derivada válida e documentada, o documento perder-se, extraviar-se ou degradar-se, e não ser possível obtê-lo por se desconhecer a entidade perante a qual foi celebrado. Nestes dois casos, se o interessado exerceu posse “prescricional” pode invocar a usucapião como causa de aquisição do direito (mesmo que neste último a aquisição tenha ocorrido derivadamente) e, conseqüentemente, recorrer à justificação para estabelecimento de novo trato sucessivo. Cfr. MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p. 490-491, nota 54.

Esta modalidade “consiste na declaração, feita pelo interessado, em que este se afirme, com exclusão de outrem, titular do direito que se arroga, especificando a causa da sua aquisição e referindo as razões que o impossibilitam de a comprovar pelos meios normais²⁹³, devendo, quando for alegada a usucapião baseada em posse não titulada, ser mencionadas expressamente as circunstâncias de facto que determinam o início da posse²⁹⁴, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião”²⁹⁵.

b) Justificação para reatamento do trato sucessivo (art.116.º/2 C.R.Pred. e art.90.º C.Not.): esta justificação atende às hipóteses em que se verifica uma cadeia de aquisições derivadas (transmissões intermédias) que não se interrompe desde o proprietário inscrito até ao actual proprietário (o justificante), mas que em relação a alguma (ou algumas) dessas transmissões não é possível apresentar o documento que as comprove (porque se perdeu, extraviou ou foi destruído e não se sabe qual o cartório perante o qual foi celebrado), apesar de terem sido tituladas conformes com a lei.

Esta modalidade “tem por objecto a dedução do trato sucessivo a partir do titular da última inscrição, por meio de declarações prestadas pelo justificante, devendo na escritura reconstituir-se as sucessivas transmissões, com especificação das suas causas e identificação dos respetivos sujeitos, e indicar-se ainda, relativamente àquelas a respeito das quais o interessado afirme ser-lhe impossível obter o título, as razões de que resulte essa impossibilidade”²⁹⁶.

c) Justificação para estabelecimento de novo trato sucessivo (art.116.º/3 C.R.Pred. e art.91.º C.Not.): esta justificação contempla as situações de quebra na cadeia das

²⁹³ Percebe-se que assim seja já que a justificação é um meio de natureza excepcional e, portanto, anormal de titular actos. Cfr.art.95.º do C.Not..

²⁹⁴ “ (...) Não basta indicar *os conceitos jurídicos* que baseiam uma posse conducente à usucapião (...). É também indispensável referir, em concreto, os actos que consubstanciam o *corpus* dessa posse e os factos que permitam concluir que ela teve, efectivamente, aquelas características.” A explicação é de MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.494, nota 61.

²⁹⁵ FERNANDO NETO FERREIRINHA, «A justificação notarial para fins do registo predial», consultável em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2004/brn-n-1-2004/downloadFile/attachedFile_5_f0/justnotpred.pdf?nocache=1207154404.32, p.3.

²⁹⁶ *Ibidem*, p.3.

aquisições derivadas²⁹⁷, desde o titular inscrito até ao actual titular, tornando por isso necessário que o justificante invoque a posse conducente à usucapião, enquanto causa originária da aquisição.

Esta modalidade “consiste na afirmação, feita pelo interessado, das circunstâncias em que se baseia a aquisição originária, com dedução das transmissões que a tenham antecedido e das subsequentes, devendo na escritura reconstituir-se as sucessivas transmissões, com especificação das suas causas e identificação dos respectivos sujeitos, e indicar-se ainda, relativamente àquelas a respeito das quais o interessado afirme ser-lhe impossível obter o título, as razões de que resulte essa impossibilidade e as circunstâncias de facto que determinam o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião”²⁹⁸.

Relativamente a esta terceira modalidade (se assim lhe podemos chamar²⁹⁹) um apontamento clama por exatidão. Como resulta do acabado de firmar não basta alegar as circunstâncias de facto que determinaram o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião, é necessário ainda que sejam *deduzidas as transmissões que tenham antecedido a usucapião e as subsequentes*³⁰⁰. Ora, desta condição, depreende a doutrina mais atenta³⁰¹, e com a qual estamos inteiramente de acordo, que a usucapião não vale aqui com o seu sentido típico, isto é, não desponta como uma causa de aquisição originária de direitos, visto que a sua actuação está dependente da dedução do trato sucessivo antecedente. É bem de ver, pois, que a usucapião é minorada em face do registo, ela não opera aqui, como era de esperar, por ela própria, com independência dos direitos dos anteriores titulares. A usucapião está evidentemente subordinada ao princípio do trato sucessivo. Qual o significado desta submissão? A nosso ver, o de que a usucapião, vencedora ancestral e reiterada no duelo com o sistema de

²⁹⁷ Há uma quebra do trato sucessivo, iniciando-se um “novo encadeamento tabular” a partir da inscrição do justificante. Assim, MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.494.

²⁹⁸ FERNANDO NETO FERREIRINHA, «A justificação notarial para fins do registo predial» in *loc. cit.*, p.3.

²⁹⁹ BORGES DE ARAÚJO, *Prática Notarial*, c/colaboração de ALBINO MATOS, 4.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, 2003, p.353-354, considera que o art.91.º C.Not. não consagra uma terceira modalidade de justificação mas, antes, um subtipo da modalidade prevista para reatamento do trato. As razões justificativas deste seu entendimento são perceptíveis no texto correspondente a esta nota.

³⁰⁰ Relativamente à dedução das transmissões subsequentes à originária serve a mesma para provar a legitimidade e o direito do justificante. Cfr. ISABEL PEREIRA MENDES, *Código do Registo Predial: anotado e comentado*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 437.

³⁰¹ BORGES DE ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 353-354. Adere a esta posição MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.495-496.

registo predial, está a perder a sua força original e, inevitavelmente a ceder ampla área de actuação ao seu frontal adversário: o registo³⁰².

Da análise destes mecanismos de invocação extrajudicial da usucapião é bem de ver que, quer a justificação notarial quer o processo de justificação andam de braços dados com a dubiedade, pois não garantem com a segurança e a certeza devidas a realidade efectiva do direito afirmado. Um mais do que o outro é evidente, mas ambos promotores de suspeição. A escritura de justificação notarial é um expediente puramente declaratório (art.96.º C.Not.), não exige qualquer tipo de prova, a sua utilização por tão fácil não inspira confiança. O processo de justificação é mais seguro, logo aquando da apresentação do pedido são exibidos os meios de prova (art.117.º-C C.R.Pred.), mas a publicidade que dele é feita não é eficiente.

A escritura de justificação com o fundamento da usucapião passou a ser utilizada “sem conta, peso e medida”. Mesmo na hipótese de reatamento do trato sucessivo³⁰³ nada obsta a que se invoque a usucapião como causa de aquisição do direito (ainda que, na verdade, se tenha adquirido derivadamente). E isto é um factor de grande instabilidade, porque a escritura notarial é um meio propício à execução de fraudes³⁰⁴ dado que se baseia nas declarações dos próprios interessados³⁰⁵ confirmadas, vejam só, por três declarantes³⁰⁶, que podem muito bem cingirem-se a reproduzir aquilo que lhes ensinaram, prestando-se a “fazer esse jeito”³⁰⁷⁻³⁰⁸, sem submissão a qualquer contraditório (art.99.º/8 C.Not.). “E

³⁰² MÓNICA JARDIM, *ibidem*, p.496, nota 65, reconhece que “esta solução legal terá visado compensar o facto de o nosso ordenamento jurídico reconhecer a usucapião contratabular.”

³⁰³ Ainda que nestes casos se compreenda.

³⁰⁴ A este propósito é comum apelar-se a escritura de justificação notarial com o fundamento da usucapião por “escritura de mentira”.

³⁰⁵ Segundo a art.92.º/2 do C.Not. além do pretenso titular do direito, tem legitimidade para outorgar como justificante quem demonstre ter legítimo interesse no registo no respectivo facto aquisitivo, incluindo, designadamente, os credores do titular do direito justificando. Dir-se-á que esta solução teve o ensejo de beneficiar os credores do titular do direito, mas perguntamos, estão os credores impedidos de agredir o património do devedor se os seus bens não estiverem registados? A resposta é negativa, o registo dos bens do devedor não é condição para o exercício do direito de crédito. Assim sendo, este alargamento da legitimidade, operado pelo Dec.-Lei n.º273/01, de 13/10, é supérfluo. Considerando que a ampliação da legitimidade reflecte uma intervenção legislativa infeliz, BORGES DE ARAÚJO, *ob. cit.*, p.347-348.

³⁰⁶ Também no processo de justificação a cargo do conservador apenas três testemunhas são admitidas (art.º117.º-C/1, al. a) C.R.Pred.). Esta homogeneidade de número não é mera coincidência, resultou de uma clara aproximação do processo de justificação à justificação notarial operada pela reforma de 2008. Os declarantes (e as testemunhas no processo de justificação, tendo em conta o disposto n.º2 do art117.º-C) não podem ser parentes sucessíveis do justificante nem o cônjuge de algum deles e têm de reunir os requisitos de idoneidade das testemunhas testamentárias. Cfr. os arts.96.º, 84.º e 68.º do C.Not.

³⁰⁷ Cfr. MOUTEIRA GUERREIRO, «A posse, o registo e seus efeitos» in *loc. cit.*, p.5.

afinal que prova é esta? É a que vai conseguir dar como provados factos que, afinal, se podem sobrepor ao que consta dos documentos autênticos e dos registos?³⁰⁹ É verdade que a lei prevê uma série de providências destinadas a levar ao conhecimento dos interessados, e ao público em geral, o conteúdo da escritura de justificação ou o processo

³⁰⁸ O art.97.º C.Not. determina que os outorgantes (justificante e declarantes) sejam advertidos de que incorrem no crime de falsas declarações, se dolosamente e em prejuízo de outrem, prestarem ou confirmarem declarações falsas, devendo a advertência constar da escritura. De notar, porém, que este artigo não tem uma “história limpa”. A norma dele constante já foi, por diversas vezes, julgada inconstitucional, por inconstitucionalidade material decorrente da violação do princípio da legalidade penal consagrado no art.29.º, n.ºs 1e 3 da CRP na vertente da determinabilidade da pena aplicável, primeiramente, pelo Ac. n.º379/2012, de 12 de Julho de 2012, (JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO) e, em seguida, pelas Decisões Sumárias n.ºs 120/2013; 162/2013; 163/2013; 514/2013. Sucintamente, a fundamentação do Tribunal Constitucional (TC) baseia-se no seguinte, “o tipo para que o artigo 97.º remete «não corresponde à epígrafe, nem ao conteúdo, de qualquer incriminação do Código Penal ou de qualquer legislação extravagante que se conheça (...)». O estabelecimento de correspondência entre a fórmula “crime de falsas declarações perante oficial público” e um determinado tipo legal de crime é, assim, tarefa interpretativa, que, no entanto, se depara com dificuldades e incertezas incompatíveis com o princípio da legalidade, na vertente de *nulla poena sine lege certa*. O princípio da tipicidade, como corolário do princípio da legalidade penal, contém, entre outras, a «exigência de determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra diretamente da lei» ” (excerto da decisão tomada no referido Ac. n.º379/2012). Ora, tendo a norma sido julgada inconstitucional em três casos concretos, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 281.º da Constituição, e no artigo 82.º da L.T.C., pode o T.C. apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade dessa norma. Foi o que fez no Ac. n.º96/2015, de 3 de Março de 2015, (FERNANDO VENTURA), embora com fundamento diverso do constante do acórdão e decisões acima mencionadas, considerando que se trata antes de uma inconstitucionalidade orgânica, por violação da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República prevista na al. c) do n.º1 do art.165.º da Constituição, ao afirmar que “O Decreto -Lei n.º 207/95, de 14 de agosto, que aprovou o actual Código do Notariado, foi emitido no uso de competência própria do Governo (prevista hoje, após a 4.ª revisão constitucional, no artigo 198.º, n.º 1, alínea a), da CRP), e não ao abrigo de lei de autorização. Ora, é exigência primária do princípio da legalidade penal que a incriminação e a pena constem de lei formal ou de decreto -lei autorizado, atendendo ao disposto no artigo 29.º, n.º 1, da CRP e também à integração na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, pelo artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da “definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos”. Toda a jurisprudência constante desta nota encontra-se disponível no site do Tribunal Constitucional, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

A despeito da imperfeição do citado art.97.º a responsabilidade penal dos outorgantes falsários não está completamente afastada (decerto, porém, não incorrerão no “crime” previsto no art.97.º C.Not.), para além de que podem incorrer em responsabilidade civil, segundo as regras gerais.

Acrescente-se que é comum perguntar-se de que vício enferma uma escritura de justificação quando celebrada com base em falsas declarações: é nula, é simplesmente, falsa, ou, ao invés, vale inteiramente? A doutrina divide-se por cada uma das respostas possíveis, mas é esta última que merece considerável apoio, ou seja, as declarações falsas não conduzem nem à falsidade da escritura nem à sua nulidade. Não arrastam a falsidade, porque a escritura como documento autêntico que é faz prova plena dos factos praticados pelo notário, bem como dos factos atestados com base nas suas percepções, não garantindo apenas a veracidade das declarações dos outorgantes; e não geram a nulidade, pois quanto a esta matéria rege o princípio da taxatividade e o facto de as declarações serem falsas não preenche nenhuma das alíneas dos arts.70.º e 71.º C.Not. Assim, apesar das declarações falsas, a escritura é válida e eficaz pelo que, antes do registo deve ser solicitada a ineficácia das declarações, bem como o reconhecimento de que essa escritura titula um facto aquisitivo inexistente; depois do registo, a finalidade da escritura esgota-se e, portanto, perde relevância, o que deve ser atacado é o facto jurídico justificado e registado, porque inexistente. Cfr. MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.518 e segs.

³⁰⁹ Citamos MOUTEIRA GUERREIRO, «A posse, o registo e seus efeitos» in *loc. cit.*, p.5.

de justificação, de forma a facilitar a sua oposição³¹⁰. Referimo-nos à exigência de prévia notificação³¹¹⁻³¹² do titular inscrito (efectuada pelo notário a requerimento do justificante – art.99.º C.Not.³¹³), nas hipóteses de reatamento do trato ou de estabelecimento de novo trato, sempre que não tenha sido exibido o título que comprove que aquele transmitiu o seu direito e à necessidade de publicação do extrato da escritura num dos jornais mais lidos do concelho da situação do prédio ou, se aí, não houver jornal, num dos jornais mais lidos da região (art.100.º C.R.Pred.), ou da decisão definitiva do conservador num sítio na Internet

³¹⁰ Saliente-se que, enquanto no processo de justificação a correr nos serviços de registo predial os interessados podem deduzir oposição na conservatória, nos 10 dias subsequentes ao termo do prazo da notificação (art.117.º-H/1 C.Not.) e, se houver oposição, o processo é declarado findo, sendo os interessados remetidos para os meios judiciais, já que o conservador não tem competência para dirimir o conflito (art.117.º-H/2 C.Not.), e isto quer seja deduzida oposição antes da inquirição das testemunhas, quer após proferida decisão definitiva, caso em que o MP e qualquer interessado podem recorrer para o tribunal de 1.ª instância competente (art.117.º-I/1 C.Not.); no caso da justificação notarial, os interessados só podem impugná-la judicialmente (art.101.º/1 do C.Not.), e isto, sem dependência do prazo de 30 dias decorridos sobre a data em que o extrato for publicado (n.º2), ou seja, a escritura de justificação pode ser impugnada antes ou depois de ser efectuado o registo e, neste último caso, a impugnação faz presumir o cancelamento do registo (art.8.º C.R.Pred.). Neste sentido, *vide* o Ac. do T.R.C., de 16 de Novembro de 2004 (HELDER ALMEIDA), disponível em www.dgsi.pt. Na verdade, a lei não fixa qualquer prazo para a propositura da acção de impugnação. Cfr. ISABEL PEREIRA MENDES, «Justificações e princípios registrais» in *loc. cit.*, p.13.

³¹¹ Pessoal ou edital do titular inscrito ou dos seus herdeiros, quando, respectivamente, se verificar a sua ausência em parte incerta ou o seu falecimento (art.99.º/4/7 C.Not.). Em rigor, a notificação edital só deveria ter lugar, segundo o disposto no art.225.º/6 CPC, quando frustrada a pessoal, por serem incertas as pessoas a notificar (os herdeiros do titular), ou por não se conhecer o paradeiro dos notificantes (o titular e os seus herdeiros). Porém, “a lei notarial não é tão rigorista e admite igualmente – se é que não impõe – a notificação edital dos herdeiros do titular, mesmo que perfeitamente identificados e com domicílio conhecido” (cfr. BORGES DE ARAÚJO, *ob. cit.*, p.361, a quem pertence a frase entre aspas). É de entendimento generalizado que é igualmente notificado o Ministério Público quando o titular inscrito esteja ausente ou seja incapaz ainda que tal exigência tenha deixado de constar da lei, uma vez que é sua função explícita representar os incapazes e os ausentes em parte incerta (art.3.º/1, al. a) da Lei 60/98, de 27 de Agosto que disciplina o Estatuto do Ministério Público). Todavia, esta notificação ao MP só é efectuada quando o titular inscrito, apesar de notificado, não tenha deduzido oposição ou, quando a sua notificação não é de todo praticável por revelada anomalia psíquica ou outra incapacidade. Cfr. PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.90. Não haverá lugar, porém, à notificação prévia do titular inscrito quando houver título através do qual este tenha transmitido o seu direito ou, apesar de não haver título ele se prontifique a vir à escritura, nas vestes de declarante, confirmar a transmissão. Cfr. FERNANDO NETO FERREIRINHA, «A justificação notarial para fins do registo predial» in *loc. cit.*, p.8.

³¹² A exigência de tal notificação é clara. O titular inscrito beneficia das presunções registais *iuris tantum*, previstas no art.7.º C.R.Pred., de que o direito existe e lhe pertence, nos precisos termos em que o registo o define e, desse modo, deve ser-lhe dada a oportunidade de se opor ao acto que se pretende realizar, por tal acto poder vir comprometer a sua posição. Não deve, portanto, ser celebrada uma escritura ignorando a preexistente inscrição. Se tal ocorrer deve considerar-se que a escritura de justificação é título manifestamente insuficiente para a prova legal do facto a registar, devendo o registo ser recusado nos termos do disposto no art.69.º/1, al. b) C.R.Pred. (cfr. ISABEL PEREIRA MENDES, *Código do registo predial, ob. cit.*, p.439). Havendo uma inscrição anterior deve esta ser sempre contemplada por forma a assegurar, por um lado, o respeito pelo princípio do trato sucessivo, diligenciando-se no sentido de proteger o titular inscrito e, por outro, atestar a execução da escritura de justificação de um mínimo de segurança e cautela, de forma a evitar futuros litígios. Cfr. MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...» in *loc. cit.*, p.501.

³¹³ Idêntica exigência se verifica no âmbito do processo de justificação a correr na conservatória do Registo Predial. A ela se refere o art.117.º-G C.R.Pred.

(art.117.º-H/7 C.Not.), considerando que a justificação pode afectar interesses de terceiros ainda não inscritos. Visto isto, parece improvável dar-se o caso de os interessados não poderem ter conhecimento da escritura ou do processo de justificação, comprometedores da sua posição. Mas entendemos que esta afirmação não é assim tão linear quanto isso. E não o é, porque pode simplesmente não haver lugar a notificação³¹⁴ e, queiramos quer não, à publicidade feita com recurso ao jornal não é dada pela população a importância devida³¹⁵, agudizando-se, neste caso, o desconhecimento por parte dos interessados, quando está em causa uma decisão do conservador que apenas se publica num sítio da Internet³¹⁶; e também não o é, porque, muitas vezes, e cada vez mais, os interessados estão emigrados em país longínquo e nem sempre têm a sorte de serem informados por um familiar ou amigo da realização da escritura ou da instauração do processo de justificação³¹⁷.

Contudo, a lei não deixa o interessado desprovido de meios para poder contradizer, ele está sempre a tempo³¹⁸ de intentar uma acção de impugnação judicial da escritura de justificação³¹⁹ (art.101.º C.Not.) ou, no caso de já ter sido lavrado o registo do

³¹⁴ Não há lugar a notificação quando não houver titular inscrito. É o que ocorre na hipótese em que o prédio não está descrito ou, embora descrito, quando sobre ele não incida inscrição de aquisição ou equivalente – noutros termos, quando está em causa o estabelecimento do primeiro trato.

³¹⁵ A pequena parte da população que lê frequentemente o jornal do Concelho passa, como que num agir natural, as páginas dedicadas a este tipo de informação. Esta realidade é evidente, quem se atreverá a contestar este facto?!

³¹⁶ Esta forma de publicitação não é um meio enraizado nos hábitos da população. Uma grande parte da população ainda dela está privada ou, não têm conhecimento para a manusear. Além disto, quantos proprietários consultam a Internet para tomar conhecimento de questões relativas à sua propriedade? Creio que nem o mais diligente, nem o mais experiente... Cfr. VICENTE MONTEIRO, «Desjudicialização da justificação de direitos sobre imóveis», consultado em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>, p.18.

³¹⁷ Cfr. ISABEL PEREIRA MENDES, «Justificações e princípios registrais» in *loc. cit.*, p.17.

³¹⁸ No Ac. de 26 de Fevereiro de 2013, (NUNO CAMEIRA), consultado em www.dgsi.pt, o S.T.J. considerou que «o prazo de trinta dias a que alude o art.101º, nº 2, do CN, não é um prazo de caducidade da acção de impugnação da justificação notarial a que se refere o n.º 1 do mesmo normativo, sendo certo, por isso, que esta acção não está sujeita a qualquer prazo de caducidade».

A escritura de justificação notarial não cria o direito nela declarado, traduz-se tão-só numa declaração unilateral do justificante, pelo que pode a todo o tempo (antes ou depois de lavrado o registo) ser impugnada. Cfr. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p.224. A estipulação do prazo de 30 dias visou apenas retardar a realização de qualquer registo fundado na escritura a fim de possibilitar a prévia impugnação por algum interessado. Decorrido esse prazo sem que o notário receba comunicação da pendência de impugnação, pode ser passada certidão da escritura, deixando de haver obstáculo ao respectivo registo. Mas isso não significa que o facto justificado deixe de ser impugnável em juízo. A qualidade de proprietário por usucapião invocada pelo justificante pode em qualquer momento ser impugnada, uma vez que a escritura de justificação só releva para efeitos de registo, não conferindo nenhum direito absoluto e definitivo. Assim sendo, a consumação do referido prazo sem que a acção de impugnação seja proposta não produz a extinção substantiva do direito (do verdadeiro proprietário).

³¹⁹ A acção que visa a impugnação de uma escritura de justificação notarial é uma acção de simples apreciação negativa (art.4.º/2, al. a) C.P.C.), dado que visa apenas a declaração da inexistência do direito atribuído na escritura. Deste modo, cabe ao réu a alegação e a, correspondente, prova dos factos constitutivos

do direito que se arroga (art.343.º/1 C.C.). Transpondo para o campo que nos interessa, compete ao réu a prova de ter adquirido o bem por usucapião. Concebendo que a impugnação foi deduzida depois do prazo de 30 dias sobre a publicação do extrato da escritura e, portanto, já elaborado o registo de aquisição a favor do réu, beneficia ou não, este, da presunção da titularidade do direito prevista no art.7.º C.R.Pred.? Sobre esta questão já se pronunciou o S.T.J. que, em Acórdão de Fixação de Jurisprudência, de 4 de Dezembro de 2007, (AZEVEDO RAMOS), acessível em www.dgsi.pt (publicado também em *Cadernos De Direito Privado*, n.º24 (Out./Dez. 2008), p.21-42, com anotação desfavorável de JOSÉ ALBERTO VIEIRA, «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito»), considerou o seguinte: “Na acção de impugnação de escritura de justificação notarial prevista no arts. 116.º, n.º1, do Código do Registo Predial e 89.º e 101.º do Código do Notariado, tendo sido os réus que nela afirmaram a aquisição, por usucapião, do direito de propriedade sobre um imóvel, inscrito definitivamente no registo, a seu favor, com base nessa escritura, incumbe-lhes a prova dos factos constitutivos do seu direito, sem poderem beneficiar da presunção do registo decorrente do artigo 7.º do Código do Registo Predial.”

A explicação para esta conclusão é a de que o registo foi celebrado com base numa escritura que agora se impugna, pelo que também ele deve ter-se por impugnado. A impugnação dos factos com base nos quais foi realizado o registo afecta a credibilidade e eficácia do próprio registo, não podendo o réu beneficiar da referida presunção. Neste sentido, PEREIRA ROBRIGUES, *ob. cit.*, p.78 a 84. Na jurisprudência, a título exemplificativo, segue este entendimento o Ac. do T.R.L., de 30 de Abril de 2015 (MARIA JOSÉ MOURO), acessível em www.dgsi.pt.

Não obstante tudo o que se disse, não é esta a única abordagem da questão. O próprio Supremo já decidiu em termos discordantes num Ac. datado de 3 de julho de 2003, (QUIRINO SOARES), disponível em www.dgsi.pt. Segundo este, “deve entender-se que o art.343.º, 1, CC, que carrega sobre o réu o ónus da provar os factos constitutivos do seu direito, cede sempre que o mesmo réu tiver à mão o registo predial da justificação (a inscrição) e, com ele, invoque a presunção prevista no dito art.7.º.” Ou seja, se a acção de impugnação for proposta depois do decurso do referido prazo de 30 dias sobre a publicação do extrato da escritura e se o réu já lavrou o registo de aquisição a seu favor, então ele beneficia da presunção de propriedade prevista no art.7.º C.R.Pred., cabendo ao autor ilidir, mediante prova em contrário, tal presunção (art.342.º/1 C.C.); se, porém, a impugnação for deduzida antes do decurso daquele prazo, o réu ainda não tem o registo da aquisição em seu nome e, portanto, não pode beneficiar da presunção estabelecida no art.7.º C.R.Pred., incumbindo-lhe o ónus da prova do direito que se arroga. Por outras palavras, antes de efectuado o registo a justificação notarial tem a sua eficácia suspensa – tanto mais que da escritura não podem ser extraídas certidões – sendo ao justificante que incumbe o ónus da prova dos factos constitutivos do direito que se arroga; decorrido o aludido prazo de 30 dias sem que a acção de impugnação seja instaurada, e, mais ainda, registada a escritura de justificação, esta torna-se plenamente eficaz, produzindo total inversão do ónus da prova mercê da presunção estabelecida no artigo 7.º do C.R.Pred. (cfr. Ac. do S.T.J., de 24 de Junho de 2004 (LUCAS COELHO), acessível em www.dgsi.pt). Neste sentido, MÓNICA JARDIM, «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares...», in *loc. cit.*, p.525-529. Seguimos de perto o entendimento da autora quando faz notar que após a elaboração do registo a escritura de justificação cumpriu o seu propósito e, conseqüentemente, deixa de assumir relevância, passando, a partir de então, o facto registado a ser considerado autonomamente. Compreendemos o entendimento do Supremo Tribunal que referimos em primeiro lugar, ademais pelo facto de a justificação notarial ser, como vimos, um mecanismo deveras traiçoeiro, mas acolhê-lo significaria inviabilizar a presunção decorrente do registo sempre que o título (proveniente ou não de uma escritura de justificação) em que o registo se baseasse fosse impugnado. E quantas vezes o título é impugnado infundadamente? A impugnação dos factos com base nos quais foi celebrado o registo traduz-se na alegação da sua não verificação ou da sua não correspondência com a realidade, e quem garante que assim seja? A simples alegação contrária ao que o registo publicita não pode ter o efeito de parar a eficácia do mesmo. O registo deve valer até efectivamente ser posto em causa por decisão judicial.

Vide, a decisão tomada no Ac. do STJ, de 19 de Fevereiro de 2013 (MOREIRA ALVES), consultado em www.dgsi.pt, em cujo sumário se lê: “(...) III - Uma vez efectuado o registo definitivo, com base na escritura de justificação notarial, surge então a presunção legal estabelecida no art. 7.º do CRgP, nos termos gerais. A presunção emerge daquele registo e não da escritura de justificação que tenha estado na sua base; assim, uma vez efectuado o registo, este ganha autonomia em relação ao título a partir do qual foi efectuado. (...)”

facto aquisitivo, independentemente do meio utilizado (processo ou escritura), uma acção de impugnação do próprio facto justificado³²⁰. Diz-se que “ele está sempre a tempo”, mas qual o significado desta expressão? Quer dizer que o verdadeiro titular pode até aos confins dos dias desdizer o que se declarou na justificação pondo em causa o título formal por ela criado e, porventura já levado ao registo? Aparentemente parece que sim. Mas algo mais merece ser considerado. Alegados e provados os pressupostos da usucapião e manifestada a vontade de adquirir, o possuidor adquire efectivamente o direito correspondente ao poder de facto que exerce sobre a coisa. Ou seja, é o momento da invocação que dita afinal a aquisição, com efeitos retroactivos, do direito a favor do possuidor e a consequente perda, desse mesmo direito, por parte do proprietário. A invocação da usucapião é assim o momento propriamente dito da aquisição do direito. Verificada esta o proprietário já não pode servir-se da acção de reivindicação, pois já não tem o direito. Quando é que o proprietário podia defender-se triunfantemente através desta acção? Quando o possuidor, apesar de já beneficiar do preenchimento dos restantes requisitos, ainda não tivesse invocado a usucapião ou, quando ainda não tivesse decorrido o tempo necessário para usucapir. Ora, isto pressupõe que o proprietário deveria ter agido no decorrer da situação de posse, mas a mera relação possessória, como vimos, não é de percepção fácil nos dias de hoje.

Reafirmamos que o verdadeiro proprietário pode sempre intentar uma acção de impugnação do facto justificado, mas se efectivamente os requisitos da usucapião estão preenchidos, foram alegados e provados quem sairá vencedor? Ou seja, se a justificação teve como fundamento a usucapião, e se esta com efeito se verificou, porque provada em sede judicial, então o título decorrente da justificação será indestrutível e a usucapião triunfará sobre tudo o que de mais verdadeiro possa ser dito pelo (anterior e autêntico) proprietário. A justificação, enquanto título confirmativo da aquisição do direito justificado, será indestrutível, a menos que o justificante ou, o autor da impugnação, consoante o justificante (réu) não beneficie ou beneficie da presunção do art.7.º C.R.Pred.,

³²⁰ Neste sentido, *vide* o Ac. do T.R.L., de 15 de Novembro de 2011 (CONCEIÇÃO SAAVEDRA), acessível em www.dgsi.pt, em cujo sumário se lê: “(...); II - Daí, forçoso é concluir, que estando em causa direito registado com base em justificação, independentemente do meio usado (processo ou escritura), também ele, o direito que suporta o registo, tem de poder ser impugnado nos termos gerais, através da via judicial; (...); IV - Se os interessados não puderem nem tiverem condições (especialmente por não terem intervindo no processo respectivo) de, pela via do recurso da decisão do conservador, atacar a criação do título ali constituído pelo processo de justificação respectivo e obstar ao registo do facto correspondente, disporão sempre da possibilidade de, nos termos gerais, impugnar a existência do próprio direito registado; (...)”

não ouse provar a verificação dos pressupostos da usucapião ou, os factos constitutivos do direito que se arroga, respectivamente, quando em sede judicial a isso são impedidos³²¹.

O verdadeiro proprietário vai no fim de contas perder o seu direito sobre a coisa. A usucapião é forte demais! Falta perceber porquê. Disto trataremos sem mais demoras.

IV. FUNDAMENTO DA USUCAPIÃO

Especificados os pressupostos da usucapião importa indagar agora do motivo pela qual se justifica que um simples possuidor de uma determinada coisa adquira o direito correspondente ao poder de facto por ele exercido sobre essa mesma coisa só porque a possui durante um definido lapso de tempo, de forma pacífica e pública e com a intenção de dela se tornar dono. Na verdade, facultando a usucapião ao possuidor (não proprietário) a aquisição do direito nos termos do qual possui com evidente prejuízo³²² para o verdadeiro titular (não possuidor) que dele é privado total ou parcialmente³²³, uma justificação razoável para tal prejuízo tem de ser engendrada. Não uma mas várias foram efectivamente as razões, para tal, tradicionalmente invocadas.

A explicação mais difundida prende-se com o interesse geral (ou público), da comunidade, na certeza e segurança da existência dos direitos reais de gozo sobre as coisas e da sua correspondente titularidade, em ordem a favorecer o comércio jurídico imobiliário. Com efeito, se um proprietário não faz da coisa, objecto do seu direito, um uso corrente³²⁴, tido como normal, durante um logo período de tempo, tal situação desencadeia nos restantes sujeitos da comunidade jurídica uma indefinição de quem seja o efectivo titular, posto que um terceiro possua essa coisa como se fosse sua. E isto com evidente prejuízo para o desenvolvimento económico dado que a circulação dos bens é afectada agressivamente por aquela dubiedade³²⁵. A este nível embatemos no conflito entre, por um

³²¹ Cfr. BORGES DE ARAÚJO, *ob. cit.*, p.342.

³²² O prejuízo para o verdadeiro titular do direito a que anda associada a usucapião não existia ou, pelo menos não era tão evidente no Direito Romano, onde a figura foi criada. A usucapião não era vista inicialmente como uma forma de aquisição de um direito que se sobreponha ou sucedia temporalmente a uma precedente situação de direito, referia-se antes a uma apropriação ou atribuição de bens imóveis não pertencentes a ninguém ou cuja titularidade estivesse efectivamente incerta. Por outras palavras, a usucapião determinava, de facto, a aquisição originária de um direito, não só porque o direito não procedia de uma transferência de um anterior titular, mas sobretudo porque configurava uma nova situação de direito respeitante à propriedade vazia (“vuoto de titolarità”). Cfr. SALVATORE PATTI, *ob. cit.*, p.663-664.

³²³ É a hipótese do possuidor apenas exercer posse em termos correspondentes a um direito real menor.

³²⁴ Ainda que tal, advirta-se, não lhe seja exigido. Ou seja, o proprietário pode exercer o seu direito “não o usando”, mas sujeita-se a perdê-lo se outrem mantiver a posse da coisa durante o lapso de tempo definido na lei. Esta é a evidente contradição com que o nosso ordenamento jurídico convive.

³²⁵ Na presença de tais dúvidas os potenciais compradores retraem-se perante eventuais aquisições.

lado, o interesse na segurança quanto ao estatuto dos bens (estabilidade do tráfico) e, por outro, o interesse na segurança do direito (justiça). E a usucapião surge, a propósito da tensão justiça/segurança³²⁶, como um instituto destinado a realizar este último valor, facilitando assim a identificação dos proprietários dos bens³²⁷ e, por conseguinte, promovendo o desembaraçado tráfico das coisas. Esta explicação poderia ter-se como perfeitamente adequada³²⁸ para justificar a aquisição (e consequente perda) de direitos mediante usucapião, se não fosse a seguinte consideração: aquela incerteza ligada ao não exercício do direito pelo proprietário, que tanto se quer por inexistente, poderá durar tempo interminável e, ademais, sem que daí advenha qualquer consequência jurídica, se não se verificar o desenvolvimento de uma situação de posse *ad usucapionem* sobre o imóvel por parte de outrem³²⁹. Assim, esta explicação aditada em prol do interesse público na certeza e segurança quanto ao estatuto dos bens imóveis não se afigura suficiente para justificar cabalmente a razão de ser do instituto da usucapião.

É também frequente dizer-se que a usucapião surge como uma sanção (implícita) ao proprietário pela sua prolongada inércia ou negligência no exercício do seu direito³³⁰. Logo aqui a contradição é manifesta. Se “a usucapião não pode ser tida como um ataque ao direito de propriedade, mas antes como um tributo à posse³³¹”, não se vê como é que uma sanção ao titular inerte possa ser architectada. Para além do mais, a inércia de que se fala não pode estar relacionada com o exercício propriamente dito do direito, enquanto poder de gozar e fruir da coisa, já que a este nível e segundo uma correcta análise do sistema jurídico português, designadamente do preceituado no art.298.º/3 do C.C., o direito de propriedade não prescreve³³² nem se extingue com o «não uso», sendo este, antes, uma forma legítima por que o exercício do direito se pode assumir. A inércia a ter em conta só

³²⁶ Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., 2005, p.549-550, nota 289.

³²⁷ A usucapião funciona como um meio de prova mais fácil do direito por se tratar de uma aquisição originária, o que equivale a dizer que o direito nasce *ex novo* na esfera jurídica do possuidor, pois não depende de um direito anterior e, portanto, longe de gerar, como acontece nas aquisições derivadas, a chamada prova diabólica (isto é, de se ter de retroceder séculos e séculos até que a cadeia ininterrupta de aquisições derivadas dos sucessivos alienantes termine num aquisição originária, por só assim ser possível provar que se adquiriu de um anterior e real titular).

³²⁸ Ressalvando-se as hipóteses de aquisição ilícita da posse *ad usucapionem*. Em relação a estas não vemos que justificação possa ser concebida para obviar o prejuízo causado ao verdadeiro titular. No nosso entender estas situações não deveriam permitir a aquisição do direito.

³²⁹ Cfr. VASSALO DE ABREU, «Usucapião de imóveis sem indemnização» in *loc. cit.*, p.223 que segue de perto o ensino de SALVATORE PATTI, *ob. cit.*, p.663-664.

³³⁰ Cfr. VASSALO DE ABREU, «Usucapião de imóveis sem indemnização» in *loc. cit.*, p.224.

³³¹ Citamos PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.14.

³³² A acção de reivindicação é imprescritível – art.1313.º C.C. Em sentido idêntico, para o direito italiano veja-se a norma constante do art.948.º, *in fine*, do *Codice Civile* (cfr. SALVATORE PATTI, *ob. cit.*, p.663).

pode associar-se ao exercício de defesa do direito por parte do seu titular, melhor dizendo, se o proprietário se manteve ou não inerte face à possibilidade de agir em defesa da posição que mantém com a coisa. Mas, mesmo assim, acrescenta-se que o fundamento da usucapião não pode ser uma pura e simples sanção ao titular do direito pela sua inação. Por outras palavras, a usucapião não pode funcionar como um mecanismo propenso a repreender, em primeira linha, o proprietário inactivo (ainda que a isso tenda de forma travessa). O prejuízo sofrido pelo proprietário deve ser antes uma consequência inevitável para salvaguardar valores maiores.

Entendemos, no entanto, como DURVAL FERREIRA³³³ que, se a inércia do titular do direito não lhe é imputável³³⁴ então não serão bastantes os interesses da certeza da existência e da titularidade do direito, da protecção da boa-fé e da confiança para justificar a aquisição do direito pelo possuidor e a consequente perda desse direito pelo verdadeiro titular, pelo menos quanto ao primeiro possuidor, aquele que originária e unilateralmente (e usurpadoramente) adquire o direito. Na verdade, entendemos que uma posse obtida de forma ilícita não deveria, sequer, conduzir à aquisição do direito por usucapião. Consideramos que esta posse não deveria ser considerada como posse boa para usucapião. Aqueles valores só deverão ser considerados quando o bem entra no tráfego e, portanto, face a uma segunda posse adquirida mediante cedência por terceiro de boa-fé. Um terceiro adquirente de boa-fé merece protecção – a expectativa por ele gerada de ter adquirido o direito deve ser tutelada – pelo que, apesar da inércia não imputável ao titular do direito, poderá este ter que sair sacrificado em face daquele. É o que acontece, em relação aos móveis, na hipótese do art.1300.º/2 ou, nas hipóteses dos arts.291.º e 435.º do C.C. ou do n.º2 do art.17.º do C.R.Pred. Já se a inércia lhe é imputável (ele só não agiu por desinteresse) compreende-se que o proprietário perca o seu direito para quem usa e cuida da coisa. Escreve assim o autor que citamos, “O usucapião³³⁵ (...) só se justifica, pois, se

³³³ *Ob. cit.*, p.493-495.

³³⁴ Ele só não reivindicou a coisa porque não teve ou, não pôde, ter conhecimento da posse que se desenvolvia sobre ela ou, apesar de ter esse conhecimento não pôde agir em defesa do seu direito por estar sob coacção, por exemplo.

³³⁵ O género (feminino ou masculino) da palavra “usucapião” não é utilizado uniformemente. Entre nós a discussão gerada antes da inclusão do instituto no Código de 1966 fez com que o, então, Ministro da Justiça, Antunes Varela, desse a palavra por feminina. Porém, nem todos os autores seguem este apontamento. É o caso de DURVAL FERREIRA, in *ob. cit.*, p.491 e segs, que utiliza a palavra no género masculino. Também no Brasil é de uso corrente o emprego da palavra no masculino. *Vide*, PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.11-12, nota 2.

preexistisse tráfico da coisa, e, portanto, face ao possuidor derivado. Já não face ao possuidor originário, unilateral e usurpatório (como o ladrão).”

Posto isto, é bem de ver que as explicações tradicionalmente invocadas em defesa da usucapião não são rigorosas³³⁶.

Poder-se-ia projectar a usucapião como um meio de resolução do conflito de interesses que emerge entre o titular inerte quanto ao uso³³⁷ da coisa objecto do direito de propriedade (ou outro *ius in re* usucapível) e o possuidor formal que através da sua actuação sobre a coisa lhe confere uma função social e económica mais relevante. Todavia, admitir esta ideia como justificação para a aquisição de direitos mediante usucapião significaria reconhecer o paradoxo em que a nossa lei se deleita: o de que o proprietário que não usa o bem, estando para isso legitimado, e repita-se, estando para isso legitimado, possa perder o seu direito se outrem possuir a coisa em termos correspondentes a uma posse “boa para usucapião”. Ora, isto, a nosso ver, é inaceitável. “Entre o que tem e não usa e o que usa sem ter³³⁸”, deve o Direito, na nossa óptica, proteger, em regra, o primeiro.

Qual, então, a razão de ser do emprego do instituto da usucapião? O que é que pretende a lei com a sua aplicação? Que confluam na mesma pessoa a situação de direito (titularidade do direito real) e a situação de facto (a correspondente posse causal) com vista à «ordenação dominial definitiva», enquanto «*ordo ordinatus*» querido pela lei relativamente ao estatuto jurídico dos bens imóveis³³⁹. Assim, cumpre-se este desiderato quando perante o proprietário inerte quanto à defesa do seu direito se atribua o direito ao sujeito que licitamente usa a coisa sem qualquer oposição.

Para além do mais, consubstanciando a posse o valor de conhecimento do direito percebe-se a valência que a lei confere à usucapião. O que não se percebe é que situações de posse ilícitas³⁴⁰, baseadas na desonestidade, sejam, a este nível, consideradas em igualdade de circunstâncias. Quanto a estas, na nossa óptica, nenhuma razão justificativa de aquisição de direitos mediante usucapião pode assumir-se como viável. Adequar o

³³⁶ Idêntica advertência é referida por SALVATORE PATTI, «Perdita del diritto...» *loc. cit.*, p.663.

³³⁷ Não nos referimos à inércia (imputável) do titular do direito quanto à defesa do mesmo, pois neste caso perante o proprietário desinteressado em defender o seu direito não chega a desencadear-se qualquer conflito de interesses.

³³⁸ Citamos ANDRÉ DIAS PEREIRA, «A característica da inércia...» in *loc. cit.*, p.490.

³³⁹ A ordenação do domínio manifesta-se em duas grandes formas: a «ordenação dominial definitiva», que se realiza por meio dos direitos, e a «ordenação dominial provisória» que procede da posse “para ocorrer às lacunas da ordenação definitiva”. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas, ob. cit.*, p.233 e segs.

³⁴⁰ Está aqui em causa a ilicitude na variante de violação de um direito de outrem (art.483.º), como acontece quando a posse é adquirida por usurpação.

direito à realidade só pode ter-se como praticável nas hipóteses fundadas numa posse considerada lícita. Adequar o direito a uma realidade desonesta é inexplicável. Em relação a estas situações somos firmes a admitir que tal aquisição não deveria, sequer, ocorrer. Porém, se assim não se entender então, ao menos, que ao proprietário seja atribuída uma indemnização, se este não agiu, na defesa do seu direito, por inércia não lhe imputável³⁴¹.

1. A usucapião e o enriquecimento sem causa do usucapiente

Como vimos a usucapião surge como um meio destinado a promover a conciliação na mesma pessoa da situação de direito e da situação de facto, em ordem a alcançar a ordenação definitiva dos bens imóveis.

Questiona-se se esta razão justificativa da aquisição de direitos por usucapião é bastante para fundar o enriquecimento do usucapiente ou se, ao invés, está em causa um enriquecimento sem causa, como resulta do disposto no art.473.º do C.C., segundo o qual, “aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.” Ou seja, tudo passa por saber se face ao nosso ordenamento jurídico a usucapião constitui ou não, uma causa justificativa de aquisição de direitos. Pensamos que a nossa resposta a esta questão não causará surpresa, por tudo o que já fizemos notar a respeito deste instituto. A usucapião constitui uma causa justificativa de aquisição de direitos quando se baseia numa posse adquirida de forma lícita³⁴², aliada, em regra, da inércia do titular do direito em defender-se, mas já não quando a situação de posse em que ela se funda derivou de uma aquisição ilícita³⁴³. Naquela primeira hipótese reconhecemos que o usucapiente adquire o direito correspondente ao poder de facto por ele exercido com causa justificativa – a de ver a sua posição fáctica sobre a coisa ganhar força de direito perante a inércia prolongada do verdadeiro proprietário em defender-se³⁴⁴; nesta

³⁴¹ Analisaremos melhor esta questão nos pontos que se seguem no texto.

³⁴² Nomeadamente quando foi adquirida com base numa aquisição derivada que, todavia, por qualquer razão, não transmitiu o direito. Nestes casos, em regra, há uma expectativa forte por parte do possuidor em adquirir o direito (considerando que se apercebeu que o direito não foi efectivamente adquirido) e, portanto, o desenvolvimento da sua posse, enquanto posse *ad usucapionem*, é compreensível.

³⁴³ Designadamente, quando o possuidor adquire a posse por usurpação (aquisição paulatina; inversão do título de posse; esbulho). Nestes casos, é manifesta a intenção de haver para si uma coisa que não lhe pertence.

³⁴⁴ Consideramos que, quando a posse é obtida de forma lícita estamos perante situações de posse adquirida derivadamente, pelo que, o proprietário, por norma, sempre teve a possibilidade de conhecer essa posse, ademais, pelo facto, de a ela ter dado fundamento, já que a cedeu ao actual possuidor. A inércia do proprietário, nestes casos, ser-lhe-á sempre imputável, pelo que, se ele não age em sua defesa, perderá o direito sem direito a indemnização.

última situação somos da opinião de que o usucapiente adquiriu sem causa (em nosso entender a aquisição nem sequer deveria ocorrer) e, portanto, enriquece injustamente à custa do anterior titular, com as consequências que daí possam advir³⁴⁵. Admitindo, mal no nosso entender, que uma posse ilícita seja “boa para usucapião”, então o possuidor adquirirá o direito com evidente prejuízo para o proprietário. Se o proprietário não age na defesa do seu direito por mera incúria, não pode vir a auferir qualquer tipo de indemnização. Perante um proprietário que, durante vinte anos, não agiu na defesa do seu direito, quando, para isso, tudo concorria, e um possuidor que, apesar de ter obtido a posse ilicitamente, durante idêntico período, actuou sobre a coisa, explorando-a ou, simplesmente, conservando-a, deve a protecção recair sobre este último. Já se a inércia não é imputável ao proprietário, ele perderá, igualmente, o direito, mas, agora, no nosso entender, com direito a ser indemnizado.

2. A usucapião e sua conformidade constitucional

Na grande generalidade dos casos o efeito aquisitivo da posse, através da usucapião, implica uma afronta a um direito anterior, designadamente ao direito de propriedade. O derradeiro proprietário do imóvel é atingido grosseiramente no seu direito – dele é privado forçosamente, sem que se preveja, a seu favor, a atribuição de uma indemnização. Desta forma, pergunta-se: esta situação é conforme a Constituição? A usucapião está em concordância com a protecção constitucional que é conferida ao direito de propriedade privada? A Constituição consagra no art.62.º o direito de propriedade privada. Este direito abrange – a par de outras *componentes* – o direito de não ser privado dos bens de que se é proprietário, ou melhor, o “direito de não ser *arbitrariamente* privado

Na hipótese de haver um terceiro de boa-fé que adquira, licitamente, a posse (porque por cedência de um anterior possuidor, que obteve a posse ilicitamente), entendemos que o proprietário perde o direito sem indemnização, se a inércia lhe é imputável; já se a inércia não lhe é imputável e, portanto, mesmo que ele não pudesse conhecer essa posse, ele perderá, igualmente, o direito para o terceiro de boa-fé, mas, agora, com direito a indemnização.

³⁴⁵ Para esta nossa conclusão concorre o entendimento de DURVAL FERREIRA, *ob. cit.*, p.479-480, quanto à hipótese particular da aquisição do direito sobre móveis, que o preceituado no art.1300.º/2 CC ressalva. Considera o autor que, estando em causa uma cedência onerosa a terceiro de boa-fé, a posse deste justifica a aquisição do direito por usucapião e o seu enriquecimento, mas em relação ao possuidor-cedente, aquele que primeiramente adquiriu a posse sob violência ou ocultamente e, que logo a transmitiu, nada justifica que enriqueça o seu património com a contrapartida que recebeu do terceiro possuidor. O anterior titular do direito conserva a possibilidade de instaurar acção de restituição por locupletamento sem causa em face do primeiro possuidor, a fim de obter deste o reembolso do valor que o mesmo cobrou pela cedência. No mesmo sentido, PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p.14-15.

da propriedade e de ser *indemnizado* no caso de desapropriação³⁴⁶. Daqui parece resultar, que duas condições são exigidas para que a privação do direito do proprietário por usucapião tenha assento constitucional – a não arbitrariedade na privação, *i.e.* tem de haver uma causa justificativa da perda do direito, e a atribuição de uma indemnização ao proprietário deposto. Consideramos, porém, que tais condições não são cumulativas, mas antes alternativas. Assim, havendo justa causa de aquisição por usucapião³⁴⁷ entendemos que não há lugar a indemnização; o desinteresse do proprietário em defender-se não pode merecer protecção. Se tudo concorria para que o proprietário se pudesse defender e se, pura e simplesmente, não o fez, então *sibi imputant*. Se não se verifica uma causa justificativa dessa aquisição³⁴⁸ já a atribuição de uma indemnização ao proprietário deve equacionar-se quando a inércia na defesa do seu direito não lhe é imputável.

Reafirmamos, a usucapião constitui, em si, uma causa justificativa de aquisição de direitos quando se baseia numa posse obtida de forma lícita, aliada, em regra, da inércia imputável³⁴⁹ do proprietário em defender-se do seu direito. Nestas situações entendemos que o anterior proprietário perde o direito sem indemnização. Se a posse foi tomada desonestamente, porque obtida com a intenção de lograr uma vantagem patrimonial à custa de um direito alheio, então não se descortina qualquer causa justificativa para aquela privação. Neste último caso, admitindo³⁵⁰ que o proprietário possa ser privado do seu direito arbitrariamente e, portanto, em violação da Constituição, a previsão de uma indemnização deve ser estipulada, mas apenas no caso de a inércia do proprietário não lhe ser imputável. Caso a sua inacção lhe seja imputável já a outorga de uma indemnização é desproporcional. Perante o proprietário inerte na defesa do seu direito e o possuidor activo, ainda que o seja ilicitamente, deve o Direito proteger o segundo, ademais pelo facto de o

³⁴⁶ Citamos GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p.802 e 805.

³⁴⁷ Entendemos que há justa causa de aquisição do direito por usucapião quando perante o proprietário inerte quanto à defesa do seu direito (cuja inércia lhe seja imputável, *i.e.*, só não agiu por desinteresse) o possuidor formal, cuja posse lhe tenha advindo de forma lícita, actue na exploração e manutenção da coisa.

Ressalva-se, mais uma vez, que quando haja tráfico da coisa, mesmo que a inércia do proprietário não lhe seja imputável, a sua posição poderá vir a ser prejudicada em face de um terceiro adquirente de boa-fé. Nestas hipóteses haverá causa justificativa – a protecção da confiança do terceiro de boa-fé.

³⁴⁸ Porque a posse, em que se funda a usucapião, foi obtida de forma ilícita.

³⁴⁹ Se a inércia não lhe é imputável então a usucapião, por regra, não devia vingar, ou seja, não se detecta, em princípio, qualquer causa justificativa para a perda do direito do proprietário. No entanto, esta solução não é assim tão nivelada. Perante um terceiro de boa-fé a inércia não imputável do titular do direito pode não lhe valer na manutenção da sua posição sobre a coisa. Neste caso, deve ser-lhe atribuída uma indemnização.

³⁵⁰ Reforçamos, mais uma vez que, a nosso ver, nestes casos de posse ilícita, a aquisição do direito pelo possuidor formal e a consequente perda do mesmo direito por parte do proprietário nem sequer deveria ocorrer. Para nós, esta posse não deveria ter-se como “boa para usucapião”.

alcance da «ordenação dominial definitiva», que é, na verdade, a função para a qual a usucapião triunfa, ser por aquele negligenciada e por este pretendida.

Divulgamos em termos esquemáticos o que se acabou de firmar:

Posse lícita + inércia imputável = perda do direito s/indemnização

Posse lícita + inércia não imputável = perda do direito c/indemnização

Considerando ainda a posse ilícita, em derrogação daquilo que pretendemos demonstrar, já que para nós tal posse não deveria ser “boa para usucapião”, resulta:

Posse ilícita + inércia imputável = perda do direito s/indemnização

Posse ilícita + inércia não imputável = perda do direito c/indemnização

Em suma, pese embora autonomizarmos estes dois grupos de hipóteses, consideramos que a usucapião só deverá ser accionada triunfantemente quando baseada numa posse *ad usucapionem* adquirida e desenvolvida de forma lícita, associada, em regra, à inércia imputável do proprietário em defender-se. Se isto significa uma constrição enorme na aplicação do instituto? Evidentemente que sim. Mas o que é que pesa mais, a aplicação de um instituto a casos diminutos ou o seu emprego contra tudo e todos?

V. A USUCAPIÃO E O SISTEMA DE REGISTO PREDIAL NO DIREITO PORTUGUÊS

1. Nota prévia

O valor que, entre nós, é atribuído à usucapião assume uma magnitude incalculável³⁵¹. Ela é tão forte que os autores para caracterizar o nosso sistema utilizam, correntemente, a expressão de OLIVEIRA ASCENSÃO, já antes por nós referida, nos termos da qual: “a base de toda a nossa ordem imobiliária não está no registo mas na usucapião.”

A primeira vez que contactámos com tal afirmação a surpresa, confessamos, foi enorme. Como é que é possível construir uma ordenação imobiliária, que se quer segura, já

³⁵¹ Diversamente do que ocorre noutros ordenamentos, o caso particular da Alemanha, onde vigora um *sistema de modo* aliado de um Registo constitutivo. Neste país o Registo encarrega-se de tal forma da definição das situações reais que quase não deixa margem para a verificação de aquisições mediante usucapião.

que contende com valores económicos elevadíssimos, sob um alicerce tão frágil, como é aquele que a posse configura nos dias de hoje? Aquela expressão retracta efectivamente a situação do nosso ordenamento ou, o autor ao enuncia-la tentou “puxar as brasas à sua fogueira”? Foi esta a questão que logo colocámos. E depois de um exaustivo estudo e, de concluímos que, na verdade, aquele autor descreveu na íntegra o nosso sistema, mais preocupação sentimos.

2. O Sistema de título quanto à constituição, transmissão e aquisição dos direitos reais

Vigora entre nós, por força do disposto no art.408.º/1, um *sistema de título*³⁵²⁻³⁵³ quanto à constituição, transmissão e aquisição de direitos reais, associado a dois princípios norteadores: o princípio da consensualidade e o princípio da causalidade. Quer isto significar que, para a produção do efeito real tem de existir um título válido e procedente³⁵⁴ e, basta este em regra³⁵⁵, não é necessário um modo, enquanto acto pelo qual se produz efectivamente o efeito real (entrega da coisa ou registo quando este goze de eficácia constitutiva)³⁵⁶. Do título brotam simultaneamente os efeitos obrigacionais e os efeitos

³⁵² Mas não foi sempre assim. Até à entrada em vigor do Código de Seabra a transferência da propriedade não operava por simples efeito do contrato, era exigido ainda o posterior acto de entrega da coisa. Imperava assim em Portugal o *sistema do título e do modo*, sistema que dominou no Direito Romano. Cfr. ANTÓNIO VIEIRA CURA, «Compra e venda e transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu (A raiz do «*sistema do título e do modo*»)», in *B.F.D.*, volume comemorativo, Coimbra, 2003, p.69-112, em especial p.69-73.

³⁵³ O *sistema consensual* ou *sistema do título* é paradigma do Direito Francês, onde foi consagrado pela primeira vez, no *Code Civil* de 1804 (cfr. arts.711.º; 1138.º; 1583.º e 1703.º do C.C.F.). Mas é também, por exemplo, o sistema em vigor na Bélgica (onde também o *Code Civil* de 1804 está ainda em vigor) e na maioria do território Italiano (arts.1376.º e 2644.º C.C.I.). Cfr. VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão na posse...», in *loc. cit.*, p.74, nota 32.

³⁵⁴ O nosso sistema (como também, por exemplo, o francês, o espanhol e o italiano) é um sistema causal, por contraposição aos sistemas abstratos, representados pela Alemanha. Naquele a validade da transmissão do direito real depende da existência (não pode padecer de causas de inexistência), da validade e da procedência (ou aptidão para produzir efeitos reais) do título (*maxime*, do contrato), ou seja, não se abstrai da causa, a causa tem de ser boa (daí que o princípio da causalidade seja também apelidado de princípio de justa causa de aquisição); nestes, por conseguinte, a transmissão do direito real é válida mesmo que o contrato sofra de vícios ou seja inexistente, isto é, não há uma conexão directa entre o título que serve de base à transmissão e a própria transmissão que se efectua com o negócio real. A viciosidade do negócio obrigacional não afecta o negócio real, vale o princípio da abstracção. Cfr. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, «Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos», *Anuário de Derecho Civil*, T. LVII, fascículo III, julio-septiembre, 2004, p.929-1001, em especial p.946.

³⁵⁵ Dizemos em regra, pois encontram-se no ordenamento jurídico português casos em que se exige um modo para que o direito real se constitua ou transmita. Referimo-nos às hipóteses consagradas nos arts.669.º; 681.º/2; 687.º; 947.º, todos do C.C.

³⁵⁶ Diferentemente do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, onde vigoram o *sistema do modo* (o exemplo mais notório é a Alemanha – §873.º/1 *BGB*) ou o *sistema do título e do modo* (na modalidade de modo simples vigora na Espanha e no Brasil; na modalidade de modo complexo são exemplos os sistemas da Áustria, da Suíça, da Holanda e da Grécia. Vide, MÓNICA JADIM, *Efeitos substantivos do registo*

reais. O título, enquanto “fundamento jurídico” ou “causa jurídica de aquisição” é, em regra, *condição suficiente* e, sempre, *condição necessária* para a produção do efeito real. A constituição ou transferência de direitos reais dá-se por mero efeito do contrato³⁵⁷, sem necessidade de qualquer acto ulterior. A transmissão do domínio é consensual, basta o acordo das partes, daí que também se apelide o *sistema de título* de *sistema consensual*.

No plano da constituição ou transmissão dos direitos reais o registo não interessa para nada. É patente o demérito do Registo neste aspecto.

3. Características do Sistema Registral Português

a) Sistema de base real

O sistema de registo predial português é um sistema de *base real*³⁵⁸, por contraposição aos sistemas de base pessoal³⁵⁹. Quer isto significar que se encontra organizado a partir do *prédio*, registando-se todos os actos ou negócios jurídicos³⁶⁰ a ele

predial...ob. cit., p.51-53). Apesar das evidentes divergências destes sistemas, em qualquer deles é necessário um acto (pelo menos) posterior ao acordo de vontades para se considerar transferida a propriedade ou outro direito real (mas não só, também para a constituição, modificação e extinção). Cfr. o aprofundado estudo de SERGIO CÁMARA LAPUENTE, «Los sistemas registrales...» in *loc. cit.*, p.945 e segs. Vide ainda ANTONIO PAU PEDRÓN, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales» in *R.C.D.I.*, n.º625, 1994, p.2188-2212, em especial p.2198, 2203 e 2204).

³⁵⁷ Ainda que nem sempre no momento do contrato. Pode acontecer que o efeito real seja diferido para momento posterior (n.º do art.408.º), tal ocorre, por exemplo, quando se verifica uma «inactualidade ou indeterminação do objecto» (na fórmula de ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisa, ob. cit.*, p.215) ou, quando é estipulada a reserva de domínio (art.409.º). Note-se que, nestes casos não estamos perante excepções ao princípio da consensualidade (como pretendeu demonstrar CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «Transmissão contratual da propriedade – entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», *Thémis*, n.º11, ano VI, 2005, p.5-17 e, na sua esteira MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e registo – A proteção do terceiro adquirente de boa-fé*, Coimbra, Almedina, 2010, p.183 e segs). Nestas hipóteses o diferimento da produção do efeito real tem a ver, tão-só, com o próprio conceito de coisa e daquilo que pode ser objecto de um direito real, e já não com a exigência de verificação de um qualquer *modus acquirendi*. Só nestes casos, em que se exija um modo, é que estaremos verdadeiramente perante uma excepção ao princípio da consensualidade. Vide, VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão na posse...» in *loc. cit.*, nota 32, p.75-76; MÓNICA JARDIM, «A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade», in *B.F.D.*, vol. 90, t.1, Coimbra, 2014, p.179-218, em especial p.189 e segs.

³⁵⁸ Também normalmente designado por *fólio real*, por os livros do registo serem tradicionalmente formados por *folhas*. Cfr. MOUTERA GUERREIRO, «Publicidade e princípios do registo», disponível em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>.

Idêntica característica vigora no sistema alemão e espanhol.

³⁵⁹ Como o italiano e o francês. Nestes ordenamentos os direitos ordenam-se por referência às pessoas dos seus titulares. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Efeitos substantivos do registo predial...» in *loc. cit.*, p.7-8. Este sistema, como faz notar MOUTEIRA GUERREIRO, *ibidem*, p.6, “não permite obter imediatamente uma informação fidedigna sobre as sucessivas titularidade e encargos referentes ao bem em causa”, uma vez que o sujeito pode, por ex., ter já alienado o prédio e, ainda assim, continuar a figurar no Registo com seu dono.

³⁶⁰ Perfilhamos o entendimento de que o *quid* registável (*i.e.*, o objecto do registo) são factos jurídicos. Para conhecimento das demais perspectivas vide, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Direitos reais e Direito registral imobiliário*, 4.ª ed. (revista e aumentada), *Quid Juris* Sociedade Editora, Lisboa, 2009, p.141-145.

referentes, com vista a facilitar o conhecimento, por parte dos interessados, da situação do imóvel, ou melhor, da titularidade e encargos reais vigentes sobre eles.

b) Sistema de inscrição

É um sistema de *inscrição*, e não de transcrição³⁶¹. Ao conservador português, por força do princípio da legalidade a que está sujeito (art.68.º C.R.Pred.), incumbe apreciar a viabilidade do pedido de registo, tanto na forma como na substância. O conservador não pode cingir-se a uma averiguação formal dos documentos que lhe são apresentados, tem de ir mais longe (ou melhor, mais fundo) e entrar numa apreciação da validade do acto que se pretende registar.

c) Registo declarativo

A inscrição registal não é condição necessária nem suficiente para alterar a situação jurídico-real existente, esta alteração ocorre à margem do Registo – a inscrição registal em nada influencia a existência, o conteúdo e a extensão do direito.

Deste modo, o Registo tem, entre nós, uma função meramente declarativa³⁶²⁻³⁶³⁻
³⁶⁴ ou consolidativa da eficácia *erga omnes* própria de qualquer direito real³⁶⁵ perante

³⁶¹ Como ocorre na França e na Itália. Nestes países, o conservador não tem de efetuar um controlo substancial dos documentos que lhe são apresentados, limita-se a transcrever o conteúdo de tais documentos. O seu controlo é simplesmente formal. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Efeitos substantivos do registo predial...» in *loc. cit.*, p.11. Do mesmo autor *vide* ainda *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.337-339.

³⁶² Tal decorre das disposições conjugadas dos arts.4.º/1 e 5.º/1 do C.R.Pred. Apenas se conta uma excepção: o registo da hipoteca tem eficácia constitutiva: a hipoteca só existe com o registo definitivo – art.687.º C.C. e art.4.º/1 C.R.Pred.

Há, porém, quem considere que o nosso sistema não é meramente declarativo *tout court*, mas um sistema *mesclado* ou *misto* ou, noutra aceção, *semi-declarativo* ou *semi-constitutivo* (uma espécie de *tertio genus*), embora mais próximo do declarativo. É a opinião de MOUTEIRA GUERREIRO. Para melhor compreensão deste ponto, nomeadamente das razões invocadas, neste sentido, pelo autor *vide, ibidem*, p.6 e segs.

³⁶³ Semelhantemente aos sistemas francês e italiano e contrariamente aos sistemas alemão (cfr.§§873, 875 e 877 do BGB) e brasileiro (cfr. art.1.245.º C.C.B.). Nestes últimos o registo é constitutivo, ou seja, é condição de validade da própria constituição, transmissão, modificação ou extinção do direito real. (Cfr. MÓNICA JARDIM, «O sistema registal germânico», in *B.F.D.*, Vol. LXXVIII, 78, Coimbra, 2002, p. 381-434). É através da inscrição no registo que se opera a mutação real. O registo é um elemento imprescindível para a constituição (a esta mutação nos referimos de modo exemplificativo) do direito real. Sem ele o direito não se constitui. Note-se que o facto de a inscrição ser constitutiva não significa que ela seja obrigatória. Na verdade, a propósito do Direito Germânico escreve a autora que mencionamos (*ibidem*, p.396), “não existe qualquer disposição legal que torne obrigatória a inscrição; seria desnecessária: a eficácia constitutiva é mais forte para os interessados do que qualquer coacção para forçar a que se inscreva.”

³⁶⁴ Note-se que, não obstante o nosso sistema jurídico atribuir ao registo um efeito declarativo e, portanto, outorgar-lhe um papel de consolidação da eficácia *erga omnes* das situações jurídico-reais, consagra também casos de factos jurídicos que, apesar de não acederem ao registo são oponíveis *erga omnes*. Nestas hipóteses o registo assume tão-só a função de publicidade-notícia. É o que ocorre com a usucapião. Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.49, nota 33 e p.61-62.

³⁶⁵ Não é possível conceber uma relação jurídico-real destituída de eficácia *erga omnes*. O titular do direito, antes do registo, já tem um direito real oponível *erga omnes*, mas essa oponibilidade não está totalmente

certos e determinados terceiros³⁶⁶. Ou seja, o direito real constitui-se ou transmite-se e é válido independentemente do registo do seu facto constitutivo ou transmissivo, mas para

consolidada perante terceiros que possam invocar a seu favor um registo conflituante. No dizer de LUÍS COUTO GONÇALVES, «A aplicação do art.291.º, n.º2, do Código Civil a terceiro para efeitos de registo», Anotação ao Ac. do S.T.J., de 19 de Fevereiro de 2004, Proc. 4369/03, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 9, Janeiro/Março, 2005, p.43-53, em especial p.50, «Sem estar registado o direito é absoluto, mas não um direito “absolutamente absoluto”. (...) Só o terceiro para efeitos de registo cabe na excepção à eficácia absoluta do direito real.» Vide ainda do autor, «Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica», in *B.F.D., Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, 2009, p.935, publicado também em *Cadernos de Direito Privado*, n.º11, Julho/Setembro, 2005, p.26-32.

³⁶⁶ Ao utilizar o vocábulo “terceiros”, decerto não nos referimos às pessoas que não possam invocar sobre uma coisa uma situação jurídica incompatível com a que emerge do facto jurídico não registado (terceiros em “sentido genérico”), pois perante estas o titular do direito não se sente (nem tem razão para se sentir) ameaçado (por ex.: se alguém causar um dano a um imóvel, o proprietário que ainda não tenha procedido ao registo da aquisição no momento em que o dano ocorre, não se encontra impedido de pedir uma indemnização. Do mesmo modo, por ex., se o proprietário *A* vende a *B* o imóvel *X* e constitui a favor de outrem (*C*) um direito de comodato sobre o mesmo prédio, nem por isso a posição jurídica de *B* fica limitada em face de *C*, pese embora não tenha registado. Sendo os direitos reais eficazes *erga omnes*, prevalecem sempre em face dos direitos de crédito, mesmo que anteriormente constituídos); nem nos referimos aos titulares de direitos reais sobre a mesma coisa, mas em que nenhum deles registou a sua aquisição, pois aqui o conflito é resolvido de acordo com o princípio decorrente do direito substantivo, segundo o qual, *prior in tempore potior in iure* (assim, se *A* vende a *B* um imóvel e, posteriormente, vende a *C* o mesmo imóvel, *B*, mesmo que não tenha registado a sua aquisição, pode opor o seu direito de propriedade a *C*, desde que este também não tenha registado); nem a quem haja adquirido a título originário (por exemplo, em virtude da invocação da usucapião. E por identidade de razão à acessão, embora o art.5.º/2, al. *a*) apenas se refira à usucapião) ou, por força da lei (como acontece com a aquisição de privilégios creditórios (cfr.art.733.º C.C.) ou de um direito legal de preferência (cfr.art.422.º C.C.)), pois estas formas de aquisição não necessitam de ser levadas ao Registo para serem oponíveis, pelo que, o direito adquirido por estas vias prevalece, sempre, mesmo em face de direitos registados; e, muito menos, nos reportávamos às partes do facto aquisitivo ou seus herdeiros (cfr. art.4.º/1 do C.R.Pred.). Os terceiros que aqui relevam são os terceiros em “sentido técnico” para efeitos de registo predial. Por evidentes razões de economia compreender-se-á que não podemos debruçar-nos aqui sobre a tão ampla controvérsia que na doutrina e na jurisprudência se suscitou e, ainda, suscita em torno do conceito de “terceiros para efeitos de registo”. Desta sorte, cabe notar que, pese embora a declarada opção do nosso legislador, no n.º4 do art.5.º do C.R.Pred., pela concepção clássica de terceiros que os autores atribuem, sem reservas, a MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 4.ª reimpressão, Coimbra, 1974, p.14 e 19), é nosso entendimento que, para além dos casos típicos de dupla alienação da mesma coisa, por autor comum, também todos aqueles que hajam adquirido, sobre determinada coisa já alienada pelo respectivo titular, um direito ao abrigo da lei e, portanto, contra a vontade deste, devem ser considerados terceiros e, deste forma, igualmente merecedores da tutela que o art.5.º concede.

Sobre a noção de terceiros para efeitos do art.5.º do C.R.Pred. vide, MIGUEL MESQUITA, *Apreensão de bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiros*, 2.ª ed. revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2001, p.220-230; ANTUNES VARELA/HENRIQUE MESQUITA, Anotação ao Ac. do STJ de 3 de Junho de 1992, *R.L.J.*, ano 126, n.º3837 (1994), p.374-384 e ano 127, n.º3838, p.19-32; LUÍS COUTO GONÇALVES, «A aplicação do art.291.º, n.º2...» *loc. cit.*, p.43-53, «Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica» *loc. cit.*, p.927-936; QUIRINO SOARES, «O conceito de terceiros para efeitos de registo predial», *Cadernos de Direito Privado*, n.º9, Janeiro/março, 2005, p.3-11; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo», in *R.O.A.*, ano 59, vol. I, disponível em www.oa.pt; CARVALHO FERNANDES, «Terceiros para efeitos de registo predial», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, vol. III – Dez., 1997, p.1283-1320; ORLANDO DE CARVALHO, «Terceiros para efeitos de registo» in *loc. cit.*; VIDEIRA HENRIQUES, «Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código do Registo Predial», *B.F.D.*, volume comemorativo do 75.º tomo do *B.F.D.*, 2003, p.389-452; GABRIEL GONÇALVES, *Aquisição tabular*, AAFDL, Lisboa, 2004; MÓNICA JARDIM, «A segurança jurídica gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registo de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial», *B.F.D.*, [separata], vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, p.383-422; HEINRICH HÖRSTER, «Venda executiva e o

ser eficaz (o mesmo é dizer, oponível) perante certos e determinados terceiros tem de ser levado ao Registo³⁶⁷⁻³⁶⁸.

Em Portugal, o registo limita-se a garantir a um potencial adquirente que o titular registal ainda não alienou ou onerou o seu direito anteriormente a outrem ou, ainda que assim já tenha procedido, que tal transmissão ou oneração não lhe será oponível se ele solicitar primeiro o registo da sua aquisição. Isto é confirmado pelo n.º1 do art.5.º do C.R.Pred., segundo o qual: “*Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo.*” Assim, uma vez realizado (antecipadamente) o registo do facto do qual deriva a mutação da situação jurídico-real, o titular do direito vê a sua posição sobre a coisa plenamente consolidada, uma vez que passa a poder opor, de forma eficaz, o seu direito perante terceiros; se, ao invés, não efectuar, e enquanto não efectuar, a inscrição registal corre o risco de um terceiro, que beneficia da aparência registal³⁶⁹, invocar, vitoriosamente³⁷⁰, um direito incompatível (no todo ou em parte) com o seu.

d) Sistema de registo de direitos

O sistema registal português é, com maior ou menor rectidão, pelo que vimos³⁷¹, um «sistema de registo de direitos³⁷²⁻³⁷³», mas não um completo «sistema de registo de

conceito de terceiros para efeitos de registo», Anotação ao Ac. do S.T.J., de 9 de Janeiro de 2007, Proc. 1510/06, *Cadernos de Direito Privado*, n.º23, Julho/Setembro, 2008, p.53-66.

³⁶⁷ Refira-se que não é exacto dizer que uma aquisição não registada é sempre ineficaz – não o é porque, prevalece ante qualquer acto insusceptível de ser registado, bem como, no confronto com qualquer acto susceptível de ser registado, mas não levado ao Registo. Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.505.

³⁶⁸ Idêntica solução encontra-se no art.2644.º do C.C.I ao declarar que os actos sujeitos a registo mas não registados e, enquanto não registados, não produzem efeitos contra terceiros que, por qualquer título, tenham adquirido direitos sobre os imóveis, em virtude de actos transcritos ou inscrição com anterioridade a esses mesmos actos.

³⁶⁹ Decorrente da presunção do art.7.º do C.R.Pred. Se o anterior adquirente não registou a sua aquisição, o transmitente continua a figurar no Registo como titular do direito.

³⁷⁰ Porque registou em primeiro lugar.

³⁷¹ “É um registo de mutações ou aquisições”, que abrange “todas as aquisições do domínio, originárias ou derivadas, *inter vivos* ou *mortis causa*, voluntárias ou não”; baseia-se na técnica do “fólio real”; o Conservador está vinculado ao princípio da legalidade. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, «Terceiros para efeitos de registo», in *loc. cit.*, p.90 e 100.

³⁷² Cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, «O sistema registal Português: uma breve descrição», trabalho apresentado no III Seminário Internacional de Direito Registral Imobiliário, realizado em Teresópolis, RJ, Brasil, entre 2 e 5 de Abril de 2008, consultado em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/12105>. VASSALO DE ABREU, “A «relação de coexistência» ...”, in *loc. cit.*, p.88, considera que “entre nós vigora um sistema «misto», mas com clara prevalência da vertente ligada ao «sistema de registo de titularidades»” (diga-se, «sistema de registo de direitos»). O entendimento deste autor prende-se com o facto de o nosso sistema não consagrar o princípio da fé pública registal.

direitos» – não consagra uma das suas características fundamentais: o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso ou, se quisermos, em sentido positivo³⁷⁴.

Segundo esta vertente positiva, o Registo garante com exactidão o que dele consta. Todos os actos ou negócios jurídicos que tenham sido inscritos no Registo existem juridicamente tal como foram publicados. Os terceiros de boa-fé que tenham confiado no conteúdo do registo e, nesses termos, hajam celebrado facto aquisitivo e obtido o correspondente registo são protegidos, quer na hipótese de o *dante causa* já não ser o titular do direito, quer na hipótese de nunca o ter sido³⁷⁵, e, portanto, mesmo que o acto anterior àquele em que o terceiro interveio seja, afinal, inexistente, inválido ou veja a sua eficácia cessar retroactivamente. Contra estes sujeitos não pode ser produzida prova do facto contrário ao constante do registo. A informação que se infere do registo vale, para o adquirente que confiou nela, como se fosse verdadeira, mesmo que, de facto, seja falsa. A manutenção da sua aquisição está, deste modo, definitivamente assegurada. Os sistemas que consagram o princípio da fé pública na sua vertente positiva concedem, já se está a ver, uma protecção fortíssima aos terceiros em face do facto registado. São exemplos, o sistema alemão, o suíço, o austríaco, o espanhol.

Entre nós, como, em geral, em todos os ordenamentos de tradição latina, dos quais são exemplos, o sistema francês, belga, luxemburguês, italiano, o Registo não vale com esta exactidão. O Registo desempenha, tão-só uma função negativa. Garante apenas que o titular registal ainda não alienou ou onerou o seu direito. Está aqui em causa, à vista disto, a situação típica do art.5.º do C.R.Pred., ou seja, assegura-se apenas a posição do terceiro que haja adquirido de um anterior titular e que tenha obtido o registo com antecedência. Deste modo, aquilo que não consta do Registo é como se não se tivesse verificado, pelo que se considera inexistente, mesmo que tal não corresponda à realidade. Assim, o que se tenha verificado, mas não registado, não será, em princípio, eficaz perante terceiros. Os

³⁷³ Por contraposição aos «sistemas de registo de documentos», “modelo típico da transcrição ítalo-francesa” (cfr. VASSALO DE ABREU, «Uma *relectio* sobre a acessão na posse...» in *loc. cit.*, p.84, nota 33). Quanto à distinção entre ambos *vide* SERGIO CÁMARA LAPUENTE, «Los sistemas registrales...» in *loc. cit.*, p.992-996 e também ALEXANDRA GONÇALVES MARQUES, «A transmissão da propriedade em Portugal: a questão informacional subjacente ao registo predial», in *O Direito*, n.º1, ano 143 (2011), p.93-134, com destaque para as p. 107 a 109.

³⁷⁴ Ou mais rigorosamente, em sentido positivo e em sentido negativo, já que este corresponde ao mínimo de tutela que qualquer Registo imobiliário oferece.

³⁷⁵ Porque, por ex., falsificou um título para obter o registo ou, porque adquiriu de quem nunca foi dono, *etc.*

terceiros gozam, nestes sistemas, de uma protecção muito mais débil, na medida em que apenas são protegidos em face dos direitos não publicitados pelo Registo³⁷⁶.

4. O primado da usucapião na nossa ordem jurídica: a solução no Direito constituído e principais traços que a comprovam.

Atenta a forma como a nossa ordem jurídica imobiliária se define damo-nos conta de certos traços que confirmam que a usucapião prima em face do que consta do Registo. Entre nós, o Registo é ainda uma instituição imperfeita – não consagra o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso e, conseqüentemente concede uma protecção fraca aos terceiros. É, assim, inequívoco que na ordem jurídica nacional a usucapião pode mesmo imperar sobre o que consta do Registo. Por isto, queiramos, quer não, de *iure condito*, “a base de toda a nossa ordem imobiliária não está no registo mas na usucapião.”

Isto decorre, designadamente, dos seguintes traços:

- A declarada prevalência da presunção da posse;
- O reconhecimento da usucapião extratabular e, sobretudo, da contratabular.

Percorreremos, imediatamente, estes pontos para compreender este sentido de superioridade que a nossa ordem jurídica atribui à usucapião, em detrimento da instituição registal.

4.1. A declarada prevalência da presunção da posse

Quer a posse quer o registo implicam a presunção da titularidade do direito. Por um lado, o facto de alguém estar na posse de uma coisa pressupõe que essa pessoa seja a titular do direito sobre a mesma, dispensando-a de ter de provar essa titularidade (art.1268.º/1); por outro, o registo lavrado a favor de um certo indivíduo implica que ele seja considerado o titular do direito registado e, que tal direito existe, como consta do Registo (art.7.º do C.R.Pred).

³⁷⁶ Sobre o princípio da fé pública registal e a concepção de terceiros nos sistemas de protecção máxima e mínima, cfr. MÓNICA JARDIM, «A delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – reflexos nos efeitos registais» in *Revista de Direito Imobiliário*, ano 35, 72, Jan./Junho, coord. Marcelo Augusto Santana de Melo, São Paulo – Brasil, 2012, p.287-309, em especial p.290 e segs, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.130 e segs. *Vide*, ainda, a propósito da vertente positiva e negativa da fé pública registal, JOSÉ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p.225 e segs.

Havendo um conflito entre a presunção fundada na posse e a presunção derivada do registo aquela prevalece, a menos que exista registo *anterior* ao início da posse. Daqui resulta que, se não há registo anterior ou, se este é contemporâneo da posse, então a presunção resultante desta última situação impera.

É óbvio que, sendo as presunções *iuris tantum*, é possível fazer-se prova do contrário ao que delas resulta³⁷⁷. Porém, a superioridade que o nosso legislador deu à presunção fundada na posse, em face da que deriva do registo é manifesta e, isto basta, para afirmar que a frase de OLIVEIRA ASCENSÃO está de acordo, queiramos, quer não, com o Direito vigente.

4.2. O reconhecimento da usucapião extratabular e, sobretudo, da contratabular³⁷⁸

Entre nós, é admitida a usucapião extratabular e a usucapião contratabular – mais uma garantia de que o Registo é prescindível para a ordenação do domínio no nosso País. Significa isto, por um lado, que um possuidor, não obstante nunca ter constado como titular registal, pode adquirir um direito real de gozo mediante usucapião – entre nós, o registo não é um pressuposto para poder usucapir³⁷⁹ – e, por outro, a existência de um registo a favor de outrem não impede a invocação triunfante da usucapião por parte do possuidor.

Quanto à usucapião contratabular, que é aquela que, na verdade, mais relutância nos causa, há que distinguir dois casos³⁸⁰:

³⁷⁷ Havendo posse anterior, ou contemporânea, ao registo, a presunção decorrente daquela pode ser ilidida sempre que o titular inscrito no registo prove que o bem lhe pertence; do mesmo modo, se o registo for anterior à posse, o possuidor pode ilidir a presunção derivada do registo, provando que é o proprietário. Cfr. ANA FONSECA, «Publicidade espontânea e publicidade provocada...» in *loc. cit.*, p.23.

³⁷⁸ Sobre esta questão *vide*, para o Direito Espanhol, GARCÍA GARCÍA, «El principio hipotecario de usucapion secundum tabulas», in *R.C.D.I.*, n.º642, 1997, p.1711-1745; GERMÁN GALLEGOS DEL CAMPO, «La usucapion contra tabulas», in *R.C.D.I.*, n.º686, 2004, p.2655-2710; SERRENA CONTRERAS, «Apostilla sobre la usucapion contra tabulas», in *R.C.D.I.*, n.º689, 2005, p.873-883; PEDRO SOLS GARCIA, «Prescripcion contra el registo. Síntesis de la doctrina legal», in *Anuario de Derecho Civil*, II, 1949, p.124-135. Para um conhecimento aprofundado dos vários sistemas europeus da *civil law* *vide*, LUIGI MOCCIA, «La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di “usucapione” e sistemi di pubblicita immobiliare nella prospetiva del “diritto privato europeu”», in *R.T.D.P.C.*, n.º1, 1992.

³⁷⁹ Contrariamente aos sistemas alemão e suíço. Nestes países, alguém que não tenha obtido o registo não pode adquirir o direito por usucapião. Não admitem a usucapião extratabular.

³⁸⁰ *Vide*, para o Direito Espanhol, ROCA TRÍAS, «Las relaciones entre la posesion y ed Registro de la propiedad», in *R.C.D.I.*, 1979, p.9-71, em especial p.53 e segs.

— Quando a usucapião se produz frente ao titular inscrito (titular registal enquanto parte do fenómeno da usucapião) que é, simultaneamente, o verdadeiro titular do direito;

1. *A* é proprietário e titular registal do prédio *X*. Entretanto, *B* passa a possuir o referido prédio. *A* sua posse adveio de uma actuação ilícita, porque com conhecimento da posição de *A* e com o ensejo de, apenas, se tornar dono de prédio alheio. Perguntamos, *B* pode usucapir? Respondemos: não! *A* sua posse não é lícita, característica que consideramos que deve ser aditada à posse “prescricional”. Não admitimos, neste caso, a usucapião (contratabular).

Para nós, a prevalência da usucapião sobre o verdadeiro proprietário e titular registal poderá, decerto, ocorrer, mas tão-só quando, para além da verificação de todas as características da posse usucapível, esta seja ainda exercida de forma lícita³⁸¹ e, em regra, o titular do direito não tenha, por simples incúria, agido em defesa da sua posição. Sem a verificação destas condições adicionais a usucapião operará com um efeito “expropriatório³⁸²” inaceitável. Pensamos que, não pode aceitar-se com ligeireza que uma situação de facto que pode estar desajustada da moral seja preferida aos factos inscritos, que são factos controlados, pelo Conservador, na sua legalidade³⁸³.

— Quando a usucapião se produz frente a um terceiro adquirente do titular inscrito (titular registal com a condição de terceiro do art.5.º do C.R.Pred.).

2. *A*, proprietário e titular registal do prédio *X* vende-o a *B*. *B* não regista a sua aquisição. Entretanto, *A* vende o referido prédio a *C* que regista. *B* pode usucapir? Optar por uma resposta negativa significaria desamparar o verdadeiro proprietário, e esta é uma

³⁸¹ Daí que, entendamos que, se, por exemplo, *A* (real proprietário do prédio *X*, mas sem inscrição no Registo a seu favor) sob coacção de *B* vende a este o referido prédio, e se *B* consegue obter o registo do facto aquisitivo a seu favor (veja-se a facilidade com que é celebrada uma escritura de justificação), *A*, verificados os pressupostos, pode invocar a usucapião. Estamos perante um caso de usucapião contratabular (a usucapião vinga sobre a inscrição registal que, na verdade, não espelha a realidade). Neste caso, a usucapião vai actuar a favor do verdadeiro proprietário (ainda que não titular registal). Visto isto, a usucapião contratabular não pode ser afastada totalmente. Ela é importante, ademais, para defender a posição do verdadeiro proprietário. Invertendo o exemplo apresentado, na nossa opinião, a posse de *B* jamais poderia fundar a aquisição do direito por usucapião, mesmo depois de cessada a coacção, por ter sido constituída de forma, descaradamente, ilícita.

³⁸² É assim que MÓNICA JARDIM qualifica o efeito de despejo do direito por parte do verdadeiro titular que a usucapião, em si, comporta. «A delimitação de jurisdição...» in *loc. cit.*, p.302.

³⁸³ Cfr. ANTONIO PAU PEDRÓN, «Efectos de la inscripción...» in *loc. cit.*, p.2210.

solução com que não nos sentimos confortáveis. Tudo o que temos vindo a dizer em torno do instituto da usucapião tem como objectivo tornar firme a posição do real proprietário. Ademais, permitir a invocação da usucapião por parte de *B* poderá parecer a solução mais sensata tendo em conta que à segunda aquisição sobreveio um vício, decorrente da falta de legitimidade do transmitente comum, por anteriormente já ter alienado o mesmo bem a outrem e, portanto, tal negócio ser nulo (cfr.art.892.º C.C.). Todavia, algo mais deve especulado. A nossa lei prevê esta hipótese e admite que *C* adquira efectivamente o direito, apesar do vício. O registo da segunda aquisição funciona, assim, como condição resolutiva (*ex nunc*) do direito do primeiro e, simultaneamente, como função atributiva do direito ao segundo, pelo que, apesar, do vício em que o segundo negócio incorre, o terceiro adquire efectivamente o direito e, deste modo, merece protecção.

Há quem refira, ainda, que o primeiro adquirente (*B*) tem posse causal e que, portanto, apesar de o seu direito não relevar, por ser inoponível, releva a sua posse, pois esta é independente do direito³⁸⁴. Estamos certas disto, no entanto, pensamos que, o primeiro adquirente que não solicitou o registo não pode, numa tentativa de colmatar a sua desconsideração pelas exigências da lei, invocar a usucapião e, assim, solucionar, em seu benefício, um conflito que só surgiu por sua falha. A inércia no cumprimento desta exigência (já que o registo é actualmente obrigatório) tem de lhe ser imputada. Ele sabe que se não procede ao registo o seu direito não fica totalmente consolidado, podendo vir a ser colocado em causa em face de outrem que obtenha um registo conflituante. Não lhe permitir invocar a usucapião ditará, a final, a estimulação da exigência de solicitar o registo, como caminho de estabilização do direito, com evidentes vantagens para a íntegra correspondência entre a realidade substantiva e a realidade registal e, desta sorte, para a certeza e segurança do comércio imobiliário. E esta coincidência pesa tanto, no nosso entender, que vamos ao ponto (de outra forma não o faríamos) de desproteger o verdadeiro proprietário, não permitindo que, em casos deste tipo, se socorra da usucapião, para que, futuramente, a sua protecção seja a máxima, por estabilizado e seguro que esteja o seu direito. Ou seja, vemos nesta solução uma via, momentânea, eficaz de promover, no vindouro, uma conciliação autêntica entre a realidade extraregistal e a realidade registal e, conseqüentemente, reduzir a utopia o surgimento de conflitos entre o verdadeiro titular do direito e o titular registal, estes serão a mesma pessoa.

³⁸⁴ Cfr. VASSALO DE ABREU, «A «relação de coexistência»...» in *loc. cit.*, p.96-97.

Contrariamente, à maioria da doutrina e jurisprudência³⁸⁵ nacionais, que mantêm a posição de fazer prevalecer, pela invocação da usucapião, a condição do primeiro adquirente que adquiriu validamente o seu direito do *dante causa* comum, mas não registou, em face do segundo adquirente que, pese embora tenha adquirido de quem já não era dono, registou sua aquisição, aditando, para isto, que não se coloca em causa o sistema registal, já que os terceiros, titulares registais, têm a possibilidade de intentar uma acção de reivindicação contra o primeiro adquirente, pondo termo à posse deste e, por conseguinte, eliminar a possibilidade de vir a ser invocada a usucapião³⁸⁶, contrariamente, dizíamos, consideramos que o sistema registal é, com efeito, colocado em causa. Aquela possibilidade de intentar acção de reivindicação está condenada ao fracasso no caso de o primeiro adquirente já exercer posse usucapível pelo tempo previsto na lei e invocar a usucapião. E, nem se diga que, o segundo adquirente sempre teve a possibilidade de conhecer a situação possessória existente, pois, como vimos, a característica pública da posse mede-se por padrões de cognoscibilidade, não pelo efectivo conhecimento.

Ademais, nem sequer se objecte que estando o terceiro de má-fé, por conhecer o negócio anterior, ele não deva ser protegido. A boa ou má-fé do segundo adquirente não assume, no nosso entender, relevância nesta sede³⁸⁷. Se o segundo adquirente conhecer – ou desconhecer culposamente³⁸⁸ – a primeira alienação e, ainda assim, celebrar o negócio e

³⁸⁵ De modo exemplificativo *vide* os Acs. do S.T.J., de 21 de Outubro de 2010, (BARRETO NUNES) e de 14 de Novembro de 2013, (SERRA BAPTISTA), ambos acessíveis em www.dgsi.pt.

³⁸⁶ Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.792.

³⁸⁷ Em rejeição da exigibilidade do requisito da boa-fé, PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p.169-170; ORLANDO DE CARVALHO, «Terceiros para efeitos de registo», *loc. cit.*, p.104; ANTUNES VARELA/HENRIQUE MESQUITA, *R.L.J.*, ano 127, *cit.*, p.23 e segs; VIDEIRA HENRIQUES, «Terceiros para efeitos do art.5.º...» *loc. cit.*, p.441 e segs. Em sentido oposto, considerando que o terceiro só deve ser protegido se estiver de boa-fé, *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.377; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais, ob. cit.*, p.276; LUÍS COUTO GONGALVES «Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica» in *loc. cit.*, p.935-936, «A aplicação do art.291.º, n.º2...», *loc. cit.*, p.50; CARVALHO FERNANDES, «Terceiros para efeito de registo predial» in *loc. cit.*, p.1309-1310; QUIRINO SOARES, «O conceito de *terceiros* para efeitos de registo predial» in *loc. cit.*, p.4.

Note-se, no entanto, que a doutrina que exige o requisito da boa-fé não dá uma resposta unânime à questão de saber se a boa-fé é entendida em sentido psicológico ou, em sentido ético. Elegendo aquele primeiro sentido, *i.e.*, de que o terceiro adquirente está de boa-fé quando desconhecia, sem culpa, a desconformidade entre a realidade registal e a realidade substantiva, *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p.377 e HEINRICH HÖRSTER, «Arguição da tese de doutoramento “Invalidade e Registo – a protecção do terceiro adquirente de boa-fé”», apresentada pela mestra Maria Clara Sottomayor, *Scientia Juridica*, n.º317, T.58, 2009, Jan.-Março, p.335-362, em especial p.350. Este último autor, porém, já defendeu a tese oposta, a de que a boa-fé deve ser captada em sentido psicológico, ao referir que o terceiro adquirente está de boa-fé quando ignorar uma eventual desconformidade registal (cfr. «Efeitos do registo – terceiros – aquisição a “non domino”», Anotação ao Ac. do S.T.J., de 4 de Março de 1982, *Revista de Direito e Economia*, A.8, n.º1 (Jan.- Jun., 1982), p.111-161, em especial p.135).

³⁸⁸ Consoante a concepção de boa-fé adoptada (boa-fé psicológica ou boa-fé ética).

registar a sua aquisição, o direito do primeiro adquirente não lhe é, por esse facto, oponível. Entendemos como ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA³⁸⁹ que, “Se os efeitos do registo fossem impugnáveis pelo facto de o titular inscrito *ter sabido* ou *ter podido saber*, antes de requerer a inscrição, que havia direitos incompatíveis não registados, o instituto do registo deixaria de proporcionar a *segurança* e a *comodidade* que constituem as suas finalidades principais.”

Deixaria de proporcionar segurança e comodidade, desde logo, ao adquirente de um imóvel que o tivesse inscrito no Registo, pois este nunca veria a sua posição chegar a “porto seguro”, uma vez que, contra ele o primeiro adquirente sempre poderia intentar acção judicial tendente a demonstrar a não verificação de tal requisito, *i. e.*, de que ele conhecia – ou desconhecia culposamente– a anterior alienação. E isto, já se está a ver, com grave implicância para a circulação dos bens imobiliários, em virtude da incerteza que se geraria sobre a titularidade dos direitos reais.

Mas também deixaria de proporcionar segurança e comodidade aos subadquirentes de boa-fé do segundo adquirente de má-fé, dado que, se perante o primeiro adquirente que não obteve o registo a posição do segundo adquirente de má-fé decaí, então também os subadquirentes deste ficarão desprotegidos (salvo se preencherem os requisitos do art.291.º do C.C.), e assim, chegaríamos à solução absurda de ter os subadquirentes de boa-fé a sofrer o prejuízo decorrente da falta de registo por parte do primeiro adquirente.

Além disto, na hipótese de haver registo a favor do transmitente³⁹⁰, este beneficia da dupla presunção derivada do art.7.º do C.R.Pred., *i. e.*, presume-se que é o titular do direito e que o direito existe tal como se encontra descrito, pelo que, quem agiu de acordo com o que é publicitado através do registo (ainda que com conhecimento de que a realidade registal não é conforme com a realidade substantiva) deve ser protegido. Na verdade, “quem diz que a crença nos dados registais, mesmo sabendo-se que há aquisições *in adversum* é menos meritória do que o desprezo pelas exigências da lei?³⁹¹”. Aquele que, inerte, não promove o registo não pode ser beneficiado em face de quem celebrou um acto jurídico e registou baseando-se naquilo que consta do Registo. Quem confia na aparência criada pelo Registo merece protecção, só assim é possível dotar o sistema de registo de

³⁸⁹ R.L.J., *cit.*, n.º3838, ano 127, p.24.

³⁹⁰ O art.5.º do C.R.Pred. não exige o registo prévio a favor do transmitente à data da celebração do segundo negócio e, portanto, não faz depender a protecção do segundo adquirente de qualquer presunção registal.

³⁹¹ Citamos ORLANDO DE CARVALHO, «Terceiros para efeitos de registo», in *loc. cit.*, p.104.

credibilidade suficiente, de forma a garantir a segurança do comércio jurídico imobiliário. Pretendendo (é esta a nossa ânsia) que o papel do Registo seja reforçado, então todo o conhecimento obtido fora do Registo deve ter-se por irrelevante. A alienação anterior não registada é como se não tivesse existido perante o segundo adquirente.

Note-se, no entanto, que ao aderirmos à tese da inexigibilidade da boa-fé do segundo adquirente não queremos, de todo, com isto, indicar, que o adquirente de má-fé deva ser protegido, apenas consideramos que esta é uma via necessária para tutelar todos os adquirentes de boa-fé, bem como, os subadquirentes de boa-fé de um adquirente de má-fé e, por conseguinte, garantir a segurança e a estabilidade do sistema registal³⁹².

Neste aspecto, a eventual má-fé³⁹³ do segundo adquirente é irrelevante para efeitos do art.5.º (o negócio anterior não registado não lhe será oponível, se registou com prioridade), todavia, como “as regras do registo não podem ser impunemente utilizadas para prejudicar outrem³⁹⁴”, a má-fé em que incorre o segundo adquirente já terá consequências ao nível da responsabilidade civil³⁹⁵. De igual modo, também o causante comum responderá. O *dante causa* comum e o segundo adquirente de má-fé ao celebrarem o segundo negócio aquisitivo, cientes da posição do primeiro adquirente, praticam um facto ilícito e culposo, ao qual sucede um dano e, como tal não podem simplesmente ficar isentos de responsabilidade³⁹⁶. Pensa-se que esta solução é a que melhor realiza a finalidade do Registo, uma vez que não derroga a regra da inoponibilidade a terceiros de factos jurídicos sujeitos registo e não registados, com evidentes vantagens para o tráfico imobiliário e, por outro lado, não deixa impunes quem actuou contrariamente ao Direito. O equilíbrio da solução é manifesto!

³⁹² Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.561.

³⁹³ A má-fé do terceiro adquirente baseia-se no facto de este ter tido conhecimento do título precedente, embora não registado, ou seja, ele sabe que está a prejudicar outrem porque tem conhecimento da falta de correspondência entre a realidade registal e a realidade substantiva e, ainda assim, celebra e regista o negócio aquisitivo de que foi parte.

³⁹⁴ Citamos MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.566. Para um cabal aprofundamento da responsabilidade do autor comum e do segundo adquirente de má-fé perante o primeiro adquirente *vide* todo o n.º57 (p.565-589) que a autora dedica a esta questão.

³⁹⁵ Idêntica solução é sustentada por grande parte da doutrina e jurisprudência italianas, e também por certa facção da doutrina e jurisprudência francesas. Defendem, assim, a aplicação automática da regra da prioridade do registo, admitindo, por conseguinte, a tutela do segundo adquirente de má-fé, pese embora o sujeitem, depois, às regras da responsabilidade civil. Sobre estas chamadas de posições italianas e francesas veja-se MÓNICA JARDIM, *ibidem*, notas 438 e 1135.

³⁹⁶ Ainda que tal responsabilidade seja atenuada dado que o primeiro adquirente contribui para o dano de que foi alvo em virtude de não ter procedido, atempadamente, ao registo da sua aquisição.

Também é comum perguntar-se sobre a possibilidade de invocação da usucapião pelo primeiro adquirente que não obteve o registo mediante o recurso à acessão³⁹⁷. A doutrina diverge³⁹⁸. A nossa resposta, pensamos, antevê-se. Se já na situação acima descrita mostrámos resistência em admitir a invocação da usucapião, então, muito menos, nesta hipótese, admitiremos tal solução. Defender o contrário significaria frustrar as verdadeiras funções do registo, tornando-o “praticamente inútil, pois não oferecia qualquer *segurança* a terceiros: aquele que não registasse o título de aquisição do seu direito poderia quase sempre *neutralizar* ou *inutilizar* direitos incompatíveis registados por terceiros, invocando a posse – qualquer que fosse a respectiva duração – e juntando-lhe a do transmitente e a dos antecessores deste, até onde fosse necessário para completar o prazo da usucapião³⁹⁹.”

Ora, pelo que vimos, e para nossa inquietação, a afirmação de OLIVEIRA ASCENSÃO é, com efeito, verdadeira. De facto, “a base de toda a nossa ordem imobiliária não está no registo, mas na usucapião”. Porém, é nosso ensejo que esta velha máxima seja modificada o quanto antes. A posse já não cumpre cabalmente, pelo menos em relação aos imóveis⁴⁰⁰, a função de publicidade que remotamente lhe estava associada, daí que não se possa continuar a atribuir à usucapião, como se nada tivesse mudado, um papel tão importante na ordenação do domínio. É urgente a mudança. E quere-la é um imperativo da sociedade actual.

Sublinhe-se que não pretendemos derrotar, de todo, o instituto da usucapião (apesar da sua relevância, é certo, diminuir drasticamente), consideramos, apenas, que a

³⁹⁷ A acessão na posse é um instituto destinado a facilitar a aquisição do direito de propriedade ou demais direitos reais de gozo por usucapião e vem previsto no art.1256.º do C.C. Sobre esta figura *vide infra* nota 265 e a bibliografia aí citada.

³⁹⁸ Admitindo o recurso à acessão por parte do primeiro adquirente que não registou *vide*, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p.384. Defendendo posição oposta, ANTUNES VARELA/HENRIQUE MESQUITA, *R.L.J.*, ano 127.º, p.25 e segs, em Anotação ao Ac. do S.T.J., de 3 de Junho de 1992; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial...ob. cit.*, p.793 e segs.

³⁹⁹ Citamos ANTUNES VARELA/HENRIQUE MESQUITA, *ibidem*, p.32.

⁴⁰⁰ Nos dias de hoje com o desenvolvimento económico as transações imobiliárias realizam-se, por norma, fora do círculo de vizinhança, pelo que, a posse não serve mais, pelo menos, na esmagadora maioria das situações, para dar a conhecer aos demais sujeitos da comunidade os direitos reais que se constituem. É ao Registo que cabe actualmente esta função, como expressamente resulta do art.1.º do C.R.Pred., ao dispor que “o registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário.” Cfr. ANTONIO PAU PEDRÓN, *ob. cit.*, p.2192 e 2193. Sobre a importância da publicidade registal no tráfico imobiliário, *vide*, para o Direito Espanhol, GARCÍA GARCÍA, «La función registral y la reguridad del tráfico inmobiliário», in *R.C.D.I.*, n.º625, 1994, p.2239-2309.

adopção de um sistema de Registo preciso e eficaz é uma exigência da sociedade moderna e, que, sem ele a incerteza quanto à própria existência e titularidade dos direitos reais continuará a pairar.

5. Mudança de paradigma: a solução a adoptar no Direito a constituir

Esta mudança, que se diz imperiosa, já vimos, deverá resultar de um reforço do sistema registal português. Quais as pretensões futuras para se alcançar este desiderato?

A exigência de precisão do sistema registal que, sublinhe-se permita uma exacta correspondência entre o verdadeiro titular do direito e o titular registal⁴⁰¹, passará, do ponto de vista do direito a constituir, pela consagração, rigorosa, do princípio da fé pública registal. Mas não só, já que a sua simples consagração, sem que nada mais seja observado, *i. e.*, sem que sejam eliminados consideravelmente os obstáculos que impedem o nosso sistema registal de ser um sistema exacto⁴⁰², trará consequências contrárias àquelas com que pretendemos que o verdadeiro titular do direito se confronte. Este poderá ser despojado do seu direito a favor do titular registal, pela protecção absoluta que este último merecerá em virtude do assentamento de tal princípio. De facto, por exemplo, se *C* compra o prédio *X* a *B* (pessoa que figura no registo como proprietário, mas que afinal não o é), isto só sucede à custa do autêntico proprietário (*A*). A adopção deste princípio terá de se mesclar com outras exigências, só assim será possível que a coincidência entre a realidade extraregistal e a realidade registal se torne uma constante, de forma que, ao reforçar o sistema registal estejamos, de igual modo e, em primeira linha, a firmar a posição do real titular do direito.

Acresce assim que, o princípio da fé pública registal deve valer associado a um princípio da legalidade, enquanto controlo especializado⁴⁰³, de forma e de fundo, sobre aquilo que acede ao Registo e merece ser publicado. Esta exigência é uma forte garantia de

⁴⁰¹ Com o rigor do sistema registal ambicionamos que saia reforçada a posição do verdadeiro proprietário e não, propriamente, a do titular registal, ainda que, consideramos que, a tutela deste em prejuízo daquele possa ditar, a final (porque actuará como estímulo à solicitação do registo), a protecção do verdadeiro titular do direito por, simultaneamente, ser quem figura no Registo. Ou seja, entendemos que, a necessidade de fortalecer o sistema registal, fazendo de tudo para que ele seja o mais preciso e exacto possível, deverá ter em vista fazer coincidir, fidedignamente, a situação registal com a extra-registal, ao ponto de o verdadeiro titular do direito ser, concomitantemente, o titular registal.

⁴⁰² Sobre estes obstáculos *vide* MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial... ob. cit.*, p.892-893 e «A delimitação jurisdicional...» in *loc. cit.*, p.301.

⁴⁰³ Porque realizado por um jurista especialmente habilitado para estas matérias – o Conservador.

que tudo aquilo que consta do Registo é verdadeiro⁴⁰⁴. Aditando esta premissa da eliminação das duplicações dos prédios que ainda perduram, da maior exigência nas habilitações de herdeiros e nas justificações e cumprindo-se à risca o princípio do trato sucessivo tudo parece poder processar-se para que efectivamente o titular do direito seja quem o Registo anuncia.

E não se pense, com isto, que a usucapião deixará de vingar ou, só actuará nos casos fora do Registo. A usucapião é um instituto importante para alcançar a «ordenação dominial definitiva». Ela é uma aliada essencial na definição das situações jurídico-reais, sempre que sobre uma coisa, mesmo que registada em nome de outrem, se desenvolva uma posse adquirida de forma lícita e o proprietário, por inércia que lhe seja imputável, não tenha agido na defesa da sua posição. Nestes casos, a usucapião triunfará mesmo sobre o registo. Reportamo-nos à seguinte hipótese: *A*, proprietário e titular registal do prédio *X*, vende-o a *B*. Não foi, no entanto, observada a forma legalmente exigida, pelo que o negócio é nulo. Não obstante, *B* actua, desde então, sobre o imóvel como se fosse seu, sem que *A* a isso se opusesse. *B* pode invocar a usucapião e adquirir o direito.

Em suma, com aquilo que propomos, é certo, que a relevância do instituto da usucapião vai diminuir drasticamente, mas pensamos que tal é perfeitamente compreensível tendo em conta a exigência de segurança e certeza quanto à existência e titularidade dos direitos reais e, conseqüentemente, na salvaguarda desses direitos na esfera jurídica de quem efectivamente é o seu titular. De facto, o reforço do sistema de registo predial não visa favorecer apenas os terceiros, mas também, e pretendemos que em primeira linha, aquele a quem, de facto, pertence o direito⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Em consonância com o documento Directriz sobre a Administração do Território, da Comissão para a Europa das Nações Unidas ao considerar que o sistema ideal de Registo seja aquele que consagre os *princípios do espelho, da cortina e da garantia*, segundo os quais, respectivamente, o Registo deve refletir fielmente a realidade, deve bastar a consulta do Registo (sem necessidade de quaisquer averiguações extraregistradas) e o Registo deve garantir a exactidão do que publica. Cfr. MÓNICA JARDIM, «A delimitação jurisdicional...» in *loc. cit.*, p.297-298, nota 17.

⁴⁰⁵ Ou seja, um sistema registal exacto impulsiona a segurança do tráfico, pois os potenciais adquirentes de um direito registado, estando certos de que farão uma aquisição segura, não se retroarão e “a segurança do tráfico é uma modalidade de actuação da segurança jurídica”, pois permite ao verdadeiro titular do direito fazer dele uma utilização completa (ademais do uso, a alienação ou oneração) que se concretiza numa tutela plena da sua posição. Cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do registo predial... ob. cit.*, nota 288, p.169-170.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A usucapião é uma forma de aquisição originária de direitos reais que se realiza por meio da posse, situação de facto, esta, que, em virtude da precariedade e fugacidade das relações que, nos nossos dias, se estabelecem entre o homem e as coisas, tende a perder a relevância que outrora lhe era atribuída.

2. A posse não cumpre, actualmente, pelo menos em relação aos imóveis, uma função de publicidade capaz de se dar a conhecer aos interessados. A posse já não requer impreterivelmente um contacto directo e permanente sobre uma coisa. Ela é, ao invés, susceptível de se realizar de forma plena por meio de meros poderes empíricos.

3. Deste modo, filiar a aquisição (originária) de um direito na posse mediante a usucapião surge, as mais das vezes, e pior, sem justificação, como factor potenciador do conflito entre o possuidor, que adquire o direito, e o verdadeiro titular do direito (*maxime*, o proprietário) que o perde para aquele.

4. No nosso humilde entender, a figura da usucapião necessita de ser repensada e os seus pressupostos reforçados, de forma a restringir ao mínimo o efeito “expropriatório” que a ela surge associado.

5. Assim, consideramos que, o role das características particulares da posse “prescricional” necessita de ser aprimorado e aditado de outras.

6. A característica pacífica já inerente à posse “prescricional” tem, no nosso entender, de ser aperfeiçoada. Não basta que a posse se torne pacífica no momento superveniente do seu exercício, esta característica deve revelar-se durante todo o período de posse. Não conseguimos assumir, por mais reservas que façamos, que uma posse obtida com violência, ainda que, mesmo depois de cessada esta, possa conduzir à aquisição do direito através da usucapião. A violência é uma situação deplorável, não pode, por conseguinte, obter qualquer tipo de abrigo (nem sequer indirecto). Daí que, consideremos violenta a posse que apesar de adquirida de forma pacífica se exerce depois violentamente.

7. De certo modo relacionada com a característica pacífica da posse, surge a necessidade, por nós perfilhada, de a posse “boa para usucapião” ser de boa-fé. Considerada esta como a ignorância de que se lesa o direito de outrem e, portanto,

entendida em sentido puramente psicológico. A má-fé, enquanto conhecimento de que se lesa o direito de outrem, não pode, no nosso entender, merecer protecção. Não conseguimos conceber que uma situação de facto constituída com clara desonestidade possa sobrepor-se a quem de direito.

8. Donde resulta que, pretendemos considerar como característica autónoma da posse “prescricional” a licitude da mesma. Uma posse adquirida de forma ilícita, porque obtida com o propósito de obter uma vantagem patrimonial à custa do verdadeiro titular do direito não pode conduzir à aquisição do direito. Situações de posse susceptíveis de evoluir a verdadeiros ilícitos criminais deveriam estar excluídas da usucapião. Assim, a posse adquirida por esbulho, por aquisição paulatina e por inversão do título que podem caber, respectivamente, nos crimes de furto (art.203.º do C.P.) ou roubo (art.210.º do C.P.), de usurpação de coisas imóveis (art.215.º do C.P.) ou, de abuso de confiança (art.205.º do C.P.), é verdadeira posse, mas daí a permitir que conduza à usucapião afigura-se, a nosso ver, uma solução reprovável.

9. A posse *ad usucapionem* tem de ser pública, *i. e.*, tem de ser exercida de modo a poder ser conhecida pelos interessados. Associamos a esta exigência a necessidade de a posse ser efectiva. Não conseguimos conceber uma posse pública, *i.e.*, uma posse que seja susceptível de ser conhecida pelos interessados, sem que haja uma qualquer relação de facto entre o possuidor e a coisa em termos correspondentes à normal utilização da coisa. A efectividade não significa, necessariamente, posse pública, é certo. Podem, na verdade, realizar-se, sobre a coisa, actos possessórios efectivos, materiais e, nem por isso, essa relação ser susceptível de chegar ao conhecimento de quem nele tenha interesse. Porém, entendemos que, sem essa materialidade, a decorrência é mais que manifesta, ou seja, essa publicidade não se dá. Consideramos todavia que, esta asserção carece de ser adaptada consoante estejam em causa bens móveis ou, ao invés, bens imóveis. Se o bem é móvel a efectividade da posse não significa necessariamente susceptibilidade de conhecimento por parte dos interessados, pelo que, para além da exigência de actos possessórios efectivos é ainda necessário averiguar se estes são, ou não, susceptíveis de proporcionar esse conhecimento, e só quando se quedar pelo primeiro resultado será correcto afirmar-se que a posse é pública. Em relação aos imóveis, parece-nos que, pelo facto de estes bens se acharem fixos a um lugar, a efectividade da posse significará, não raro, susceptibilidade de

conhecimento dessa posse aos interessados. Sabendo, melhor que ninguém, onde o bem se encontra, o titular do direito ao actuar diligentemente na averiguação do estado do seu bem terá possibilidade de conhecer a posse que se desenvolve sobre o mesmo. E essa possibilidade de conhecimento é bastante para que a característica pública da posse esteja cumprida.

Entendemos que a efectividade da posse “prescricional”, durante o lapso de tempo definido na lei para usucapir, é essencial para garantir, o melhor possível, o conhecimento ao titular do direito da posse contrária à sua posição e, assim, possibilitar, ao máximo, a sua oposição, já que a partir desse tempo a posse pode exercer-se, tão-só, através da prática de actos virtuais ou empíricos.

10. Em síntese, consideramos que a posse apta a fundar a aquisição de um direito por usucapião necessita de ser : 1) *Pacífica* durante todo o período de desenvolvimento da posse. A posse obtida violentamente (ainda que cessada a violência) não deverá ter acolhimento. 2) *Pública*, para a qual se requer a efectividade da posse, durante o período de tempo determinado pela lei, por só assim ser susceptível de se revelar a quem dela tenha interesse. 3) *Boa-fé*, como ignorância de que se lesa o direito de outrem. 4) *Lícita*, *i. e.*, não pode ter sido tomada em contrariedade com o Direito, porque com a intenção deliberada de causar prejuízo a outrem, mais concretamente, por se ter fundado numa situação de facto passível de assumir relevância criminal.

11. A usucapião visa alcançar a correspondência entre a «ordenação dominial provisória», que se realiza através da posse, e a «ordenação dominial definitiva», que se efectua com base no direito, para que o possuidor e o titular do direito sejam a mesma pessoa (posse causal). Consideramos, porém, que este objectivo, que aponta para a segurança e certeza dos direitos, não se pode pretender atingir sem mais. Têm de ser bem ponderadas as circunstâncias de facto para que não se despeje, injustificadamente, o verdadeiro titular do seu direito.

12. Assim, consideramos que tal despejo só poderá ocorrer quando a posse, para além, das características que já lhe são inerentes (pacífica e pública), seja ainda obtida e exercida licitamente e, em regra, a inércia do titular do direito em defender a sua posição sobre a coisa lhe seja imputável. A licitude da posse está relacionada com a expectativa do

possuidor em ter adquirido o direito que afinal não adquiriu. Ou seja, estão em causa situações de aquisição derivada da posse. Exige-se, por regra, que a inércia do titular na defesa do direito lhe seja imputável, ou seja, ele teve conhecimento da situação de posse e só não agiu por desinteresse. E tal é o que acontece normalmente perante uma posse lícita, já que esta é uma posse derivada à qual o próprio titular deu fundamento. Se tal inércia não lhe é imputável, *i. e.*, ele só não se opôs porque não teve, nem podia ter tido, conhecimento dessa posse, então não se descortina, por princípio, razão justificativa para a perda do direito. Tal só pode ser considerado perante um terceiro de boa-fé, tendo em conta o valor de protecção da confiança que lhe está associado. Neste último caso, porém, a atribuição de uma indemnização ao titular do direito deve agendar-se.

13. Sendo a posse obtida de forma ilícita, temos para nós, que tal não poderá conduzir à usucapião. Porém, se assim não se entender, então, ao menos que ao titular do direito seja atribuída uma indemnização quando a inércia na defesa do seu direito não lhe seja imputável. Já se a inércia lhe for imputável o titular do direito não terá direito a qualquer compensação. Perante uma posse, mesmo que obtida de má-fé ou às ocultas, e um proprietário que nada faz para reaver o que lhe pertence, deve o Direito proteger o primeiro, uma vez que o alcance da «ordenação dominial definitiva» que é, na verdade, a função para a qual a usucapião triunfa, é pelo possuidor pretendida e pelo proprietário negligenciada.

14. No confronto com o sistema de registo predial a usucapião assume, no nosso ordenamento, um elevado valor, ademais pelo facto de, entre nós, a presunção da titularidade do direito resultante da posse prevalecer, por norma, quando comparada com a presunção decorrente do registo e por ser admitida a usucapião extratabular e, sobretudo, a contratabular. Daí que, no direito constituído, “a base de toda a nossa ordem jurídica imobiliária não está no registo, mas na usucapião”. Entendemos, porém, que esta máxima deve ser relativizada. O reforço do sistema registal, com vista a fazer coincidir a realidade substantiva com a realidade registal, deverá ser caminho a assumir sem reservas. Para isto, contribuirá a consagração rigorosa do princípio da fé pública registal associado a um princípio de legalidade (formal e substancial) dos factos que acedem ao Registo. Mas não só. Imperioso é que os obstáculos com que o nosso sistema registal ainda convive sejam eliminados, de modo que o cumprimento destes princípios e do princípio do trato sucessivo

permitam, a final, obter uma correspondência exacta e verdadeira entre quem figura no Registo como titular registal e o autêntico titular do direito. Assim, toda a protecção concedida ao titular registal acabará por reverter a favor do verdadeiro proprietário.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA⁴⁰⁶

Tribunal Constitucional⁴⁰⁷

§Ac. de 12 de Julho de 2012, n.º 379/2012, Processo n.º 12/12, (JOAQUIM SOUSA RIBEIRO).

§Ac. de 3 de Março de 2015, n.º 99/2015, Processo n.º 1128/13, (FERNANDO VENTURA).

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência

§Ac. de 14 de Maio de 1996, processo n.º 085204, (AMANCIO FERREIRA).

§Ac. de 4 de Dezembro de 2007, processo n.º 07A2464,(AZAVEDO RAMOS), publicado também em *Cadernos de Direito Privado*, n.º24, (Out.- Dez., 2008), p.21-42.

Supremo Tribunal de Justiça

§Ac. de 10 de Novembro de 1992, Processo n.º 082124, (AMANCIO FERREIRA).

§Ac. de 3 de Fevereiro de 1999, Processo n.º 98B1043, (SOUSA DINIS).

§Ac. de 3 de Julho de 2003, Processo n.º 03B2066, (QUIRINO SOARES).

§Ac. de 24 de Junho de 2004, Processo n.º 03B3843, (LUCAS COELHO).

§Ac. de 25 de Novembro de 2004, Processo n.º 04B3644, (MOITINHO DE ALMEIDA).

§Ac. de 11 de Janeiro de 2005, Processo n.º 04A4029,(AZEVEDO RAMOS).

§Ac. de 18 de Novembro de 2008, Processo n.º 08A3089, (FONSECA RAMOS).

§Ac. de 21 de Outubro de 2010, Processo n.º 120/2000.S1, (BARRETO SANTOS).

§Ac. de 19 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 367/2002.P1.S, (MOREIRA ALVES).

§Ac. de 19 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 931/06.4TBFLG.G1.S1, (GABRIEL CATARINO).

§Ac. de 26 de Fevereiro de 2013, Processo n.º 41/06.4TBCSC.L1.S2, (NUNO CAMEIRA).

§Ac. de 14 de Novembro de 2013, Processo n.º 74/07.3TCGMR.G1.S1, (SERRA BAPTISTA).

§Ac. de 18 de Junho de 2014, Processo n.º 1521/06.7TBALQ.L1.S1, (ABRANTES GERALDES).

⁴⁰⁶ Salvo indicação em contrário, os mencionados acórdãos encontram-se disponíveis no site www.dgsi.pt.

⁴⁰⁷ Os acórdãos do T.C. estão disponíveis no site www.tribunalconstitucional.pt.

§Ac. de 20 de Março de 2014, Processo n.º 326/2000.E1.S1, (FERNANDO BENTO).

Tribunal da Relação de Coimbra

§Ac. de 25 de Junho de 1996, Processo n.º 1682/95, *B.M.J.*, 458, p.412, (NUNO CAMEIRA).

§Ac. de 16 de Novembro de 2004, Processo n.º (HELDER ALMEIDA).

§Ac. de 17 de Outubro de 2006, *C.J.*, n.º193, tomo IV, 2006, p.24 e segs, (CARDOSO ALBUQUERQUE).

§Ac. de 18 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 1313/11.1TBCTB.C1, (ANABELA LUNA DE CARVALHO).

§Ac. de 10 de Novembro de 2015, Processo n.º 3592/13.0TBVIS.C1,(MARIA DOMINGAS SIMÕES).

Tribunal da Relação de Évora

§Ac. de 20 de Março de 2007, Processo n.º 2619/06-2, (MATA RIBEIRO).

§Ac. de 30 de Setembro de 2009, Processo:266/04.7TBORQ.E1, (ALMEIDA SIMÕES).

Tribunal da Relação do Porto

§Ac. de 19 de Março de 2001, Processo n.º 0051742,(LÁZARO DE FARIA).

§Ac. de 30 de Outubro de 2007, Processo n.º 0725016, (ANABELA DIAS DA SILVA).

Tribunal da Relação de Lisboa

§Ac. de 2 de Julho de 2009, Processo n.º 5/08.3TBBNV.L1-2, (JORGE LEAL).

§Ac. de 15 de Novembro de 2011, Processo n.º 884/07.1TBLNH.L1-7, (CONÇEIÇÃO SAAVEDRA).

§Ac. de 26 de Março de 2015, Processo n.º 11501/05.4TBCS.L1-8, (ANTÓNIO VALENTE).

§Ac. de 30 de Abril de 2015, Processo n.º 699-13.8TVLSB.L1.-2, (MARIA JOSÉ MOURO).

§Ac. de 19 de Novembro de 2015, Processo n.º 26179/15.9T8LSB.L1-6, (ANABELA CALAFATE).

VIII. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Vassalo de – «A «relação de coexistência» entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português», in *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.29-107.

— «Uma *relectio* sobre a acessão na posse (artigo 1256 do Código Civil), in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.43-188.

— «Usucapião de imóveis sem indemnização», in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, t. I, Coimbra, 2012, p.189-269.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Publicidade e teoria dos registos*, Coimbra, Almedina, 1966.

— «Transmissão contratual da propriedade – entre o mito da consensualidade a e realidade de múltiplos regimes», in *Thémis*, n.º11, ano VI, 2005, p.5-17.

ALMEIDA, Moitinho de – *Restituição de posse e ocupação de imóveis*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira – «A posse – do antigo Direito Português ao Código Civil Brasileiro», in *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, vol. LVIII, t., II, Coimbra, 1982, p.655-693.

ANDRADE, Margarida Costa – «(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens de imóveis no Direito Português», in *Cadernos do CENoR*, separata 1, Almedina, Coimbra, 1996, p.83-119.

— «O sistema registral Português: uma breve descrição», trabalho apresentado no III Seminário Internacional de Direito Registral

Imobiliário, realizado em Teresópolis, Rio de Janeiro, Brasil, entre 2 e 5 de Abril de 2008, consultado em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/12105>.

ANDRADE, Manuel de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 4.^a reimpressão, Coimbra, 1974.

ARAÚJO, Borges – *Prática notarial*, c/colaboração de Albino Matos, 4.^a ed. (revista e actualizada), Almedina, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil: Reais*, 5.^a ed., reimpressão, Coimbra Editora, 2012.

- Efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1974, Ano 34, p.5-46.
- «Propriedade e posse. Reivindicação e reintegração», in *Revista lusoafricana de Direito*, vol. I, Lex, 1997, p.9-22.
- *Terrenos vagos e usucapião*, Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIII – Jan.- Dez – n.º1-2-3-4, Coimbra, 1976, p.23-62.

BASTOS, João – «A reforma do Registo Predial no âmbito dos princípios da legitimação e do trato sucessivo», disponível em <http://cenor.fd.uc.pt/site>.

BRITO, Miguel Nogueira de – *Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010.

BRONZE, Fernando José – *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

CANOTILHO, Gomes/ VITAL, Moreira – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, t. 3 – Les biens (monnaie, immeubles, meubles), Thémis, 16.^a ed. actual, PUF (Presses Universitaires de France), Paris, 1995.

CAMPO, Germán Gallego del – «La usucapión contra tabulas», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º686, 2004, p.2655-2710.

CANTERO, Gabriel Garcia – Les diferentes fonctions de la possession en droit privé, in *European Review of Private Law*, vol. 6, n.º4, 1998, p.363-382.

CARVALHO, Orlando de – *Direito das Coisas*, sob a coord. De Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

— «Introdução à posse», in *Direito das coisas*, sob a coord. De Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, 1.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.259-312, publicado também em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 122: n.ºs 3780 (p.65 e segs), 3781 (p.104 e segs), 3786 (p.262 e segs) e 3787 (p.292 e segs); Ano 123: n.º 3792 (p.72 e segs e 353 a 355): Ano 124: n.º3810 (p.259 e segs, 292 a 294 e 333 a 336).

— «Terceiros para efeitos de registo», in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol.70, 1994, p.97-106.

COELHO, José Pinto – «Anteprojecto do Código Civil de 1966», in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º88, Julho – 1959, p.139-166.

CONTRETAS, Pedro de Pablo - «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», in *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p.951-966.

CONTRETAS, Serrena – «Apostilla sobre la usucapión contra tábulas», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º689, 2005, p.873-883.

CORDEIRO, António Menezes – *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.^aed., Coimbra, Almedina, 2014.

- *Direitos Reais*, vol. I, Cadernos da Ciência e técnica fiscal, 1979.
- «Da usucapião de imóveis em Macau», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, vol. I – Abr., 1993, p.37-59.
- «Evolução Juscientífica e direitos reais», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, vol. I – Abr., 1985, p.71-112.
- CURA, António Vieira – «Compra e venda e transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano (A raiz do «sistema do título e do modo»)» in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo, Coimbra, 2003, p.69-112.
- DUARTE, Rui Pinto – *Curso de direitos reais*, 3.^a ed. revista e aumentada, Princípiã, 2013.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Lições de direitos reais*, 6.^a ed. (reimpressão), Quid Juris, Lisboa, 2010.
- «Terceiros para efeitos de registo predial», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, vol. III – Dez., 1997, p.1283-1320.
- FERREIRA, Durval – *Posse e usucapião*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- FERREIRINHA, Fernando Neto – «A justificação notarial para fins do registo predial», disponível em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2004/brn-n-1-2004/downloadFile/attachedFile_5_f0/justnotpred.pdf?nocache=1207154404.32.
- FIALHO, José António – *Citações e notificações em Processo civil*, Lisboa, 2011, disponível em http://www.cpee.pt/media/uploads/pages/Citacoes_e_Notificacoes_em_Processo_Civil_Dr_Antonio_Jose_Fialho_Juiz_de_Direito_.pdf.
- FONSECA, Ana – «Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º20, Out.- Dez., 2007, p.14-25.
- GARCÍA, GARCÍA – «El principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º642, 1997, p.1711-1745.

- «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º625, 1994, p.2239-2309.
- GARCÍA, Pedro Sols – «Prescripción contra el registro. Síntesis de la doctrina legal», in *Anuário de Derecho Civil*, II, 1949, p.124-135.
- GIL, Antonio Hernández – *La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica*, Madrid, Alianza Editorial, 1969.
- GOMES, Orlando – *A função social da propriedade* – separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1989.
- GONÇALVES, Gabriel António Órfão – *Aquisição tabular*, Lisboa, AAFDL, 2004.
- GONÇALVES, Luís Couto – «A aplicação do art.291.º, n.º2 do Código Civil a terceiros para efeitos de registo», Anotação ao Ac. do S.T.J., de 19 de Fevereiro de 2004, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º9, Jan./Março, 2005, p.43-53.
- «Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica», in *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, 2009, e *Cadernos de Direito Privado*, n.º11, Julho/Set., 2005, p.26-32.
- GONÇALVES, Luís Cunha – *Da propriedade e da Posse*, Lisboa, Edições Ática, 1952.
- GONÇALVES, Augusto da Penha – *Curso de direitos reais*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Lusíada, 1993.
- GRALHEIRO, João – «Da usucapibilidade das quotas sociais» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, vol. III – Dez., 1999, p.1137-1152.
- GONZÁLEZ, José – *Direitos reais e direito registal imobiliário*, 4.ª ed. revista e aumentada, Lisboa, Quid Juris, 2009.

GUERREIRO, J. A. Mouteira – «A usucapião e o registo: devemos repensar o tema?», Revista Electrónica de Direito, Outubro 2013 – n.º2, disponível em www.cije.up.pt/download-file/1198.

- «A posse, o registo e seus efeitos», trabalho apresentado no *Congresso de Direitos Reais*, realizado na Faculdade de Direito de Coimbra, em 28 e 29 de Novembro de 2003, no âmbito das Comemorações dos 35 Anos do Código Civil, disponível em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2003/brn-11-de-2003/downloadFile/attachedFile_4_f0/posse_mguer.pdf?nocache=1207761200.13
- «Posse ou registo?», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 54, vol. II, 1994, p.707-712.
- «Publicidade dos direitos reais – posse, registo e prova dos direitos», in *Scientia Iuridica*, n.º310, 2007, p.309-338.
- «Publicidade e princípios do registo», disponível em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>.
- *Sobre a problemática da titulação e do registo à luz do Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014.

HENRIQUES, Videira – «Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código de Registo Predial», in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo do 75.º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, 2003, p.389-452.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes/ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu – «Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol.98, 2003, p.59-91.

HÖRSTER, Heinrich Ewald – Arguição da tese de doutoramento “Invalidade e Registo – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé”, Apresentada pela mestre Clara Pereira de Sousa de Santiago Sottomayor, in *Scientia Iuridica*, n.º317, t.58, Jan./Março, 2009, p.335-362.

- «Efeitos do Registo – terceiros – aquisição a “non domino”», Anotação ao Ac. do S.T.J., de 4 de Março de 1982, in *Revista de Direito e Economia*, A.8, n.º1, Jan.-Junho), 1982, p.111-161.
- «Venda executiva e o conceito de terceiros para efeitos de registo», Anotação ao Ac. do S.T.J., de 9 de Janeiro de 2007, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º23, Julho/Set., 2008, p.53-66.

JARDIM, Mónica – «A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade» in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 90, t.1, Coimbra, 2014, p.179-218.

- «A delimitação de jurisdição, territorial e na matéria – reflexos nos efeitos registais» in *Revista de Direito Imobiliário*, ano 35, 72, Jan./Junho, coord. Marcelo Augusto Santana de Melo, São Paulo – Brasil, 2012, p.287-309.
- «A evolução histórica da justificação de direitos de particulares para fins do registo predial e a figura da justificação na actualidade», in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol.85, Coimbra, 2009, p.447-529.
- «A segurança gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registo de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial», in *Boletim da Faculdade de Direito* (Separata), vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, p.383-422.
- *Efeitos sunstantivos do registo predial: terceiros para efeitos de registo*, Coimbra, Almedina, 2013.
- «O registo provisório de aquisição», disponível em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>.
- «O sistema registal germânico» in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, p.381-434.

JHERING, Rudolf Von, *Sobre o Fundamento da Protecção Possessória*, Tradução e adaptação de José A. R. L. González, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2007.

JUSTO, António Santos – «A base romanística do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, vol. I/II, 2009.

- «A usucapião (Direito Romano e Direito Português)», in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n.º24, 2003, p.57-80.

— «A presença do Direito Romano no Direito Português: A usucapio», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Colloquia – 11, Jornadas Romanísticas, 2003, p.217-231.

— *Direito Privado Romano – III* (Direitos Reais), Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

LAPUENTE, Sergio Cámara – «Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos», *Anuário de Derecho Civil*, T. LVII, fascículo III, julio-septiembre, 2004, p.929-1001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direitos Reais*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012.

LIMA, Pires de/ VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado c/ a colab. de Henrique Mesquita*, vol. III, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

LOPES, Nun'Álvares de Adrião Bessa – Breves notas sobre o não uso e a «usucapio libertatis» in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento 8, Coimbra, 1947, p.82-185.

LUFINHA, António Rodrigues – «A posse de boa-fé para efeitos de prescrição», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento 8, Coimbra, 1947, p.325-392.

MARQUES, Alexandra Gonçalves – «A transmissão da propriedade em Portugal: a questão informacional subjacente ao Registo Predial», in *O Direito*, n.º1, Ano 143, 2011, p.93-134.

MARQUES, J. Dias – *Prescrição Aquisitiva*, vol. I e II, Lisboa, 1960.

MENDES, João de Castro – *Direito Processual Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 2012.

— *O Direito de acção judicial: estudo de processo civil*, Coimbra Editora, Lisboa, 1957.

MENDES, Isabel Pereira – *Código do Registo Predial: anotado e comentado*, 16.^a ed., Coimbra, Almedina, 2007.

— «Justificações e princípios registais», disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/isabelpereiramendes_justificacoes_principiosregistrais.pdf.

MESQUITA, Manuel Henrique – *Direitos Reais*, Sumários das lições ao curso de 1966-67, Coimbra.

MESQUITA, Miguel – *Apreensão de bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiros*, 2.^a ed. revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2001.

MOCCIA, Luigi - «La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di “usucapione” e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del “diritto privato europeo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º1, 1992, p.134-181.

MONTEIRO, Vicente – «Desjudicialização da justificação de direitos sobre imóveis», disponível em <http://cenor.fd.uc.pt/site/>.

PATTI, Salvatore – «Perdita del diritto a seguito di usucapione e indenmità (alla luce della convenzione europea dei diritti dell’uomo), in *Rivista de Diritto Civile*, n.º6, II, 2009, p.663-668.

PEDRÓN, Antonio Pau – «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º625, 1994, p.2181-2212.

PEREIRA, André Dias – «A característica da inércia dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade», *Separata em Homenagem ao Prof. Doutor Henrique Mesquita*, 2, 2009, p.479-496.

— «Tutela possessória das servidões», in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 76, 2000, Coimbra, p.473-518.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Direitos Reais*, lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra, 1971.

— *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., p./ António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PITÃO, José António de França – *Posse e usucapião: anotações aos artigos 1251.º a 1301.º do Código Civil*, Coimbra, Almedina, 2007.

RODRIGUES, Fernando Pereira – *Usucapião: constituição originária de direitos através da posse*, Coimbra, Almedina, 2008.

RODRIGUES, Manuel – *A posse: estudo de Direito Civil Português*, 4.^a ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares (*Ensaio sobre a posse como fenómeno social e instituto jurídico*), Coimbra, Almedina, 1996.

SILVA, Paula Costa e – *Posse ou Posses?*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

SOARES, António Quirino – «O conceito de terceiro para efeitos de registo predial», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º9, Jan./Março, 2005, p.3-11.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Invalidez e registo – A Protecção do Terceiro Adquirente de Boa Fé*, Coimbra, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de – «Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59, vol. I – Jan., 1999, p.29-46.

TRÍAS, Encarna Roca – «Las relaciones entre la posesión y el el Registro de la Propiedad», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, p.9-71.

VARELA, Antunes/ MESQUITA, Henrique – Anotação ao Ac. do S.T.J., de 3 de Junho de 1992, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 126, n.º3837, 1994, p.374-384 e Ano 127, n.º3838, p.19-32.

VIEIRA, José Alberto – «Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito», Anotação ao Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º1/2008, de 4 de Dezembro de 2007, Proc. 2464/07, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º24, Out./Dez., 2008, p.21-42.