

**USUCAPIÃO E AUGI'S  
(ÁREAS URBANAS DE GÊNESE ILEGAL)**

José González



## USUCAPIÃO E AUGI'S (ÁREAS URBANAS DE GÉNESE ILEGAL)

José González\*

### Usucapião

#### 1. Posse – concepção geral

I) No que se segue pressupõe-se a qualificação da posse como direito real.

Apesar de, por exemplo, Oliveira Ascensão<sup>1</sup> invocar o disposto no artigo 1281º/nº2<sup>2</sup> – (artigo 1169 do Código Civil Italiano) – para sustentar a relatividade da posse, julga-se que o argumento não deve proceder.

Efectivamente, na medida em que a posse – em si mesma considerada – apenas constitui uma presunção de titularidade do direito real correspondente à actuação do possuidor (artigo 1268º) é simplesmente normal que o âmbito da oponibilidade *erga omnes* seja (porventura) mais limitadamente circunscrito.

Mas, por um lado, é indesmentível que<sup>3</sup>:

- a) a posse pode ser feita valer contra terceiros que conheçam o esbulho;
- b) e que qualquer outra titularidade real pode igualmente não valer contra certos terceiros, (pense-se, de um modo geral, nos casos de aquisição tabular).

Por outro lado, não parece ajustado dizer que, perante os terceiros que conhecem o esbulho, o possuidor esteja a invocar razões *relativas* (pelo menos, não são relativas – ou não são essencialmente relativas – a esses terceiros).

Por último, não se encontra justificação para dizer, (como resulta do artigo 1169 do Código Civil Italiano e como resultava do artigo 504º do Código de 1867), que o artigo 1281º/nº 2 supõe um terceiro que, (para além de conhecer

---

\* Universidade Lusíada de Lisboa

<sup>1</sup> *Direito Civil – Reais*, (Coimbra, Coimbra Editora, 5ª edição, 1993), págs. 130 a 132.

<sup>2</sup> Daqui em diante qualquer referência legal desacompanhada da respectiva fonte entende-se feita ao Código Civil Português.

<sup>3</sup> Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, (Lisboa, *Quid Juris*, 4ª edição, 2003), págs. 270 a 272.

o esbulho), tenha adquirido a posse do esbulhador. De facto, é de todo irrelevante determinar a razão pela qual o terceiro está na posse da coisa, (o que demonstra, na verdade, não ter a oponibilidade *erga omnes* da posse um âmbito assim tão limitado).

A afirmação de que a posse é um direito real, também já supõe que ela é qualificável como direito subjectivo.

Já se sabe que a posse tem uma natureza *sui generis* e já se sabe igualmente que a categoria direito subjectivo é puramente jurídica, ou seja, é, acima de tudo, uma realidade pensada. Ao invés, a posse, envolvendo em geral o domínio material sobre uma coisa, tem uma natureza acentuadamente factual. Não se vê, porém, como será possível, sem contradições e sem floreamentos, harmonizar a tutela judicial da posse com a afirmação da natureza puramente factual da mesma – (acções judiciais para defesa de um “não direito”?).

Além disso, a posse, ao configurar-se como uma situação com alguns aspectos de precariedade e transitoriedade, apresenta algumas semelhanças com as expectativas jurídicas: são ambas protegidas por si, apesar de a titularidade do direito sobre o bem em causa ainda não pertencer ao respectivo possuidor ou titular da expectativa e, provavelmente, isso poder nunca chegar a acontecer; ambas produzem efeitos imediatos – aquisição de frutos (artigo 1270º); possibilidade de prática de actos conservatórios (artigo 273º) – que são também independentes em relação à titularidade do direito sobre o referido bem; etc..

Ora, se as expectativas jurídicas são reconhecidamente direitos subjectivos<sup>4</sup>, não se vê razão para recusar a mesma qualificação à posse, quando até, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, os efeitos jurídicos atribuíveis a esta são superiores aos daquelas.

II) Do ponto de vista do *domínio de facto*<sup>5</sup> sobre uma coisa, só duas qualificações são possíveis: ou se trata de *posse* (artigo 1251º) ou se trata de *detenção* (artigo 1253º).

Como ideia geral, a posse é juridicamente relevante precisamente através dos chamados *commoda possessionis* ou efeitos da posse (artigos 1268º e segs.), ao passo que a detenção é, ao invés, juridicamente irrelevante. A distinção, aliás, faz-se precisamente para este fim.

Reconhece-se, todavia, que, na prática, a aplicação da distinção entre posse e detenção não é fácil, muito particularmente nas hipóteses subsumíveis à alínea b) do artigo 1253º. Deve, por isso, partir-se do princípio segundo o qual quem tiver o domínio de facto sobre uma coisa tem a respectiva posse, (artigo 1252º/nº2). Assim como se deve igualmente partir do princípio pelo qual *dominus habetur qui possidet donec probetur contrarium*.

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol.I, Parte geral, tomo I, (Coimbra, Almedina, 1999), pág. 137.

<sup>5</sup> *Possessio plurimum facti habet* (Papiniano, D.4.6.19).



III) Considerar-se-ão para a presente exposição, antes de mais, os factos constitutivos ou transmissivos e extintivos da relação jurídica correspondente à *posse*.

E *posse tout court*, pois embora seja muito frequente o entendimento segundo o qual o regime legal, (artigos 1251º e segs.), está especialmente destinado à posse formal<sup>6</sup>, não há dúvida de que, pelo menos, os modos de aquisição derivada, servem, indistintamente<sup>7</sup>, à posse formal e à posse causal<sup>8</sup>.

Enumerar-se-ão em seguida os *commoda possessionis* para assim se poder chegar à usucapião.

### 1.1. Factos constitutivos

I) Para a aquisição originária da posse, a lei prevê dois modos: o apossamento (artigo 1263º/a)) e a inversão do título da posse (artigos 1263º/d) e 1265º).

O *apossamento* é o efeito<sup>9</sup> da “prática reiterada (...) dos actos materiais correspondentes ao exercício do direito”. É uso salientar que a “reiteração” não deve ser literalmente entendida. Antes importa que o ou os actos materiais tenham *intensidade* suficiente para demonstrar uma intenção de apropriação<sup>10</sup>.

Assim, e em tese geral: para ocorrer o apossamento de uma coisa móvel, bastará normalmente o próprio acto de apreensão material, a subtracção; já para ocorrer o apossamento de uma coisa imóvel se suporá, em princípio, um conjunto de actos. O que realmente interessa, em qualquer caso, é que seja ou sejam actos suficientemente significativos.

II) O artigo 1263º/a) parece também supor, para a constituição da posse por esta via, que a prática dos tais actos materiais se faça “com publicidade”.

Todavia, esta exigência não pode ser entendida à letra, sob pena de absurdo. Efectivamente, se, por exemplo, *A* furta um automóvel a *B* e, em seguida, o guarda na sua garagem, de onde nunca sai para o seu paradeiro não ser descoberto, numa interpretação literal, concluir-se-ia que *A* não adquiriu posse. Daí que *A* apenas possa ser havido como detentor. Razão pela qual: i) *A* não cometeu crime de furto<sup>11</sup> (artigo 203º, Código Penal); ii) *B* não pode

<sup>6</sup> Cfr., por exemplo, Penha Gonçalves, *Curso de Direitos Reais*, (Lisboa, SPB, 1992), págs. 232/233.

<sup>7</sup> *In summa possessionis non multum interest, iuste quis an inuste possideat*.

<sup>8</sup> Sob pena de, no entendimento contrário, poder ser intentada, por exemplo, acção de *manutenção* (artigos 1278º e segs.), mesmo não estando ainda a coisa submetida ao efectivo senhorio do adquirente, nem nunca tendo estado! (Recorde-se que, no entendimento que se critica, a aquisição derivada da posse causal se dá por mero efeito da aquisição do direito real que a justifica).

<sup>9</sup> E não o pressuposto, como às vezes se lê.

<sup>10</sup> Ver, por exemplo, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, pág. 297.

<sup>11</sup> Já que, por definição, se *A* é detentor, não tem “intenção de apropriação”.

intentar acção de restituição contra A (artigos 1278º e segs.), já que, se este é detentor (e, portanto, possuidor em nome alheio – artigo 1253º/c)/*in fine*<sup>12</sup>), não tem legitimidade passiva para a acção (de facto, se é detentor não é esbulhador – artigo 1281º/nº2<sup>13</sup>).

III) Para evitar absurdos, a “publicidade” em causa deve pois entender-se como um requisito de *eficácia* da posse entretanto adquirida.

Em primeiro lugar, por ser essa a função – garantir a eficácia – que normalmente a publicidade, seja de que espécie for, desempenha.

Em segundo lugar, por a *existência* de posse se poder compatibilizar perfeitamente com a sua clandestinidade. O que se demonstra, pelo menos, por duas vias:

- i) por a construção jurídica da posse se fazer com base numa noção pré-jurídica da mesma – o que vale por dizer há posse quando o domínio sobre uma coisa como tal seja qualificável pela “consciência comum”<sup>14</sup>, (o que certamente sucede no exemplo atrás referido);
- ii) por outro lado, por a lei conceder a defesa possessória independentemente do carácter público ou oculto da posse<sup>15</sup>.

Entendendo-se deste modo o requisito da “publicidade” a que o artigo 1263º/a) se refere, isso implica que ela deve ter o exacto conteúdo que à publicidade é atribuído pelo disposto no artigo 1262º<sup>16</sup>. A ocultação do apossamento acarretará, por isso, a *ineficácia* perante os *interessados* da posse adquirida<sup>17</sup>. O que significa que não começam a correr, contra o anterior possuidor, os prazos de perda da posse, (artigo 1267º/nº 1/d) e nº 2), nem os prazos de caducidade das acções possessórias, (artigo 1282º), nem os prazos da usucapião, (artigos 1297º e 1300º/nº 1).

IV) A *inversão do título da posse* pode ocorrer por dois modos: *oposição* do detentor perante aquele em cujo nome possuía ou por *acto de terceiro* capaz de, em potência, justificar a aquisição da posse pelo detentor (artigo 1265º).

---

<sup>12</sup> Como se disse, a subordinação *factual* de uma coisa ao domínio de certa vontade só pode configurar posse (artigo 1251º) ou detenção (artigo 1253º). Por isso se pode dizer que a parte final da alínea c) do artigo 1253º resume a totalidade do artigo e define a detenção, (cfr. P.Lima-A.Varela, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pág. 9): *possidet, cuius nomine possidetur* (Celso, D.41.2.18pr). Somente quando, em hipóteses limite, *não haja qualquer possuidor*, se não pode dizer que a detenção é posse em nome alheio, (embora tão-pouco seja, com certeza, em nome próprio). Se, por exemplo, A, em estado de necessidade, (artigo 339º), pega num martelo *nullius* para quebrar um vidro, não constitui uma posse em nome alheio pela óbvia razão de que não existe possuidor, mas não deixa por isso de ser detentor.

<sup>13</sup> Ver Penha Gonçalves, *Curso de Direitos Reais*, pág. 305.

<sup>14</sup> Wolff-Raiser, *Sachenrecht*, trad. esp., vol. I, (Barcelona, Bosch, 1971), págs. 42 a 44.

<sup>15</sup> Aliás, as acções possessórias até são mesmo concedidas apesar do eventual carácter clandestino da posse (artigo 1280º/*in fine*).

<sup>16</sup> P.Lima-A.Varela, *Código Civil Anotado*, vol. III, pág. 26.

<sup>17</sup> Mas não perante (outros) terceiros.

A inversão do título é pois um dos modos pelos quais o detentor pode adquirir posse<sup>18</sup>, (neste caso, de modo originário).

V) Nos termos do artigo 1251<sup>o</sup>, há posse quando se *utiliza*<sup>19</sup> uma coisa de forma correspondente ao exercício de um direito real. A *posse* deve *referir-se* pois, necessariamente, a um direito real. É isto que, em geral, a distingue da *detenção*<sup>20</sup>.

Acontece que, quando se actua sobre uma coisa, tanto se pode estar a exercer um direito real, como um direito pessoal, como pode isso resultar de relações de hospitalidade ou de amizade, ou derivar da prática de um acto ilícito, (furto, por exemplo), etc.<sup>21</sup>.

Naturalmente, não há posse em todos estes casos. Só haverá posse quando a *causa* que justifica a referida actuação sobre a coisa permita demonstrar *objectivamente* a referência desta "attività", (artigo 1140, Código Civil Italiano), a um direito real.

Para a aquisição derivada da posse, bem como para a inversão do título por acto de terceiro, essa *causa* deve ser um acto jurídico potencialmente translativo ou constitutivo<sup>22</sup> do direito real que autorizaria a dita "attività"<sup>23</sup>.

Para a aquisição originária, exactamente por um negócio desta espécie inexistir ou ser irrelevante<sup>24</sup>, a *causa* que autoriza tal actuação sobre a coisa deve demonstrar, objectiva e inequivocamente, a referência desta última ao exercício de um direito real. Por isso, a lei somente admite, para o referido efeito, o já supra mencionado apossamento<sup>25</sup> ou, quando haja detenção, a *opo-*

<sup>18</sup> O outro é a *traditio brevi manu*.

<sup>19</sup> Usa, frui, transforma, dispõe, etc..

<sup>20</sup> O disposto no artigo 1253<sup>o</sup> é meramente auxiliar. Mesmo supondo a fácil determinabilidade do conteúdo das suas diversas alíneas, não se pode proceder por exclusão de partes, (isto é: toda a situação que não couber na previsão do 1253<sup>o</sup>, é posse), dado que, por um lado, o artigo 1253<sup>o</sup> tem carácter nitidamente exemplificativo, (cfr. 1253<sup>o</sup>/c)/*in fine*) e, por outro, o artigo 1251<sup>o</sup> procede a uma delimitação *positiva* do âmbito da posse.

<sup>21</sup> Por exemplo, a justificação para alguém utilizar um automóvel, tanto pode ser a propriedade, como o aluguer, o empréstimo ou o furto, etc..

<sup>22</sup> Válido ou inválido, tanto importa.

<sup>23</sup> Se *A* comprou a coisa *x*, e esta lhe foi entregue, tem posse por, abstractamente, a compra e venda permitir a transmissão ou a constituição de um direito real. Se *B* é comodatário da coisa *y*, não tem posse, mas sim detenção, pela razão exactamente inversa.

É obviamente irrelevante a *errada qualificação* atribuída pelas partes a certo negócio que, a aceitar-se tal qualificação, seria abstractamente inidóneo para transmitir ou constituir um direito real, desde que entre as partes ele funcione como se fosse idóneo. Se, por exemplo, *A* e *B* celebram uma promessa de compra e venda da coisa *z* para entre eles valer como se de compra e venda se tratasse, é esta que efectivamente se celebrou e não a promessa (embora a primeira possa eventualmente ser nula, como frequentemente sucede, por vício de forma). *Mutatis mutandis*, se houver *simulação relativa*.

<sup>24</sup> Efectivamente, se *A*, detentor, vende a propriedade da coisa detida a *B*, entregando-lha, este somente pode ter adquirido posse por via do modo previsto na alínea a) do artigo 1263<sup>o</sup>, o que implica que a *causa* da aquisição não seja a venda, mas apenas o próprio apossamento.

<sup>25</sup> Se *A*, num supermercado, coloca no bolso, por distração, uma caneta exposta, adquiriu posse em virtude de este acto significar objectivamente apossamento e, por isso, intenção de apropriação, (pelo menos, até que se declare o contrário - artigo 1253<sup>o</sup>/a)).

sição do detentor ao possuidor, que constitui a outra modalidade de inversão do título.

Por exclusão de partes, sempre que assim não seja, a subordinação de uma coisa ao domínio da vontade de uma pessoa, não pode ser havida senão como *detenção*.

VI) A inversão por *oposição* supõe que o detentor haja afastado a relevância qualificativa do facto que lhe atribui o *corpus*, por força da invocação, nos termos do artigo 1251<sup>o</sup>, de uma diferente *causa*<sup>26</sup> para o mesmo<sup>27</sup>.

Exigindo-se, porém, “oposição”, a inversão somente estará consumada quando for do *efectivo* conhecimento do possuidor aquela invocação, seja por ela ser levada ao seu conhecimento, seja por o detentor assumir, perante o possuidor, uma conduta objectivamente incompatível com a autorizada pelo anterior título.

A razão de ser da exigência de “oposição” é óbvia<sup>28</sup>. É que, sem ela, não haveria a segura demonstração de que se invoca uma nova *causa* para o *corpus*<sup>29</sup>.

VII) A inversão por *acto de terceiro*<sup>30</sup> supõe a ocorrência, entre detentor e terceiro<sup>31</sup>, de um acto jurídico potencialmente capaz de transmitir ou constituir um direito real<sup>32</sup> a favor do primeiro, o qual vem justificar a manutenção da coisa no poder do (anterior) detentor a título diferente<sup>33</sup>.

Ao contrário do que por vezes se lê<sup>34</sup>, não se exige a boa fé do detentor. Desde que o acto tenha sido efectivamente querido, até podem estar ambos (detentor e terceiro) de má fé<sup>35</sup>.

Mas, por outro lado, uma vez que a detenção pressupõe, em regra, uma posse a favor doutrem, a eficácia da posse adquirida por inversão do título em virtude de acto de terceiro, deve estar mais particularmente dependente da sua publicidade. Quer isto dizer que, dada a confiança, assente no título

<sup>26</sup> Ou seja: por força da invocação de um direito real.

<sup>27</sup> A inversão por oposição é assim, de certo modo, o apossamento levado a cabo pelo detentor.

<sup>28</sup> A inversão por oposição constitui pois uma excepção à conhecida regra *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, (Paulo, D.41.2.3.19).

<sup>29</sup> Continuando então a prevalecer o título legitimador da detenção (princípio da *imutabilidade* do título – artigo 1141/2 do Código Civil Italiano).

<sup>30</sup> Cfr. Manuel Rodrigues, *A Posse – Estudo de Direito Civil Português*, (Coimbra, Almedina, 1996), págs. 234/235.

<sup>31</sup> Alguém estranho, portanto, à relação possuidor/detentor.

<sup>32</sup> Compra e venda, doação, testamento, etc..

<sup>33</sup> O que significa que um negócio translativo como a *troca* não serve para este efeito.

<sup>34</sup> Por exemplo, Terré-Simler, *Droit Civil – Les Biens*, (Paris, Dalloz, 4ª edição, 1992), pág. 112.

<sup>35</sup> Se, por exemplo, quer detentor, quer terceiro, sabem que a coisa detida é alheia, mas este declara vendê-la àquele e este paga o preço acordado, o acto foi efectivamente querido.

<sup>36</sup> Cfr. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, pág. 286, e *A conversão dos negócios jurídicos civis*, págs. 44 a 46.



legitimador da detenção, que o possuidor pode depositar no detentor, o *onus* de percepção<sup>36</sup> que pelo artigo 1262º se impõe aos afectados pela constituição da nova posse, fica muitíssimo aliviado. Isto é: somente se poderá dizer que a posse adquirida nestes termos é *pública*, se o adquirente tiver, em relação à coisa anteriormente detida, inquestionável mudança de comportamento, facilmente cognoscível pelo possuidor afectado<sup>37</sup>.

## 1.2. Factos transmissivos

I) Para a aquisição derivada da posse, a lei prevê expressamente dois modos: tradição da coisa (artigo 1263º/b)) e constituto possessório (artigos 1263º/c) e 1264º).

Por tradição, ou *entrega*, entende-se a colocação da coisa à disposição do adquirente. Exige-se, obviamente, que tal seja feito pelo “anterior possuidor”. E que haja uma *causa*<sup>38</sup> que fundamente a correlativa *cedência* da posse, (artigo 1267º/nº 1/c)).

Enquanto a entrega não é feita, o transmitente mantém a posse, ainda que o direito real que eventualmente a justifique se tenha já transmitido ou constituído<sup>39</sup>.

II) Esta regra pode ser excepcionada em vários sentidos. De facto, a entrega, fundada num título potencialmente idóneo para transmitir ou constituir um direito real capaz de justificar a posse, não é necessária para a fazer adquirir quando:

- i) a coisa esteja já em poder (detenção) de quem obtém a seu favor, proveniente da pessoa em cujo nome possuía, um título da referida espécie – *traditio brevi manu*.
- ii) a coisa deva permanecer em poder, por qualquer *causa*<sup>40</sup>, sob a forma de detenção, daquele que concede esse título – *constituto possessório* (artigo 1264º/nº 1)<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Nem sempre bastará, pois, que essa mudança de comportamento seja um *facto notório*. Sobre a noção de facto notório ver, por exemplo, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil Português*, vol.XIII, (Coimbra, Coimbra Editora, 1940), pág. 536.

<sup>38</sup> *Nunquam nuda traditio transfert dominium* (Paulo, D.41.1.31pr).

<sup>39</sup> Em sentido contrário, a avaliar pelo exemplo dado, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, pág. 288, (a menos que se esteja a considerar o exemplo como um caso de constituto possessório).

<sup>40</sup> Fala-se precisamente em constituto “*individualizado*” (Wolff-Raiser, *Sachenrecht*, trad.esp., vol.I, tomo I, pág. 440) para exprimir a ideia de que a manutenção da coisa em poder do alienante deve ter uma *certa causa* (razão de ser). E esta causa será legítima apenas no suposto de a não realização da entrega se fundamentar no consentimento do adquirente, o qual, se não configurar um certo negócio jurídico (penhor, depósito, comodato, locação, etc.), deverá, ao menos, ser havido como acto de mera tolerância (artigo 1253º/b)). Assim, se, por exemplo, *A*, vendedor, simplesmente se recusa a cumprir a obrigação de entrega da coisa a *B*, comprador, não há constituto possessório.

<sup>41</sup> Há quem sustente (ou sustentasse) a inaplicabilidade do constituto possessório à aquisição de posse formal, salvo quando o título translativo ou constitutivo seja formalmente válido, (Oliveira

- iii) o título advier de quem tiver *posse jurídica*<sup>42</sup>. O que pode acontecer em virtude de:
  - a coisa estar em poder de terceiro que a possua em nome daquele que concede dito título – *constituto possessório* (artigo 1264º/nº 2);
  - a coisa estar em poder de terceiro possuidor em nome próprio que a haja esbulhado àquele de quem tal título é proveniente<sup>43, 44</sup>.
- iiii) a posse se adquira através de *sucessão mortis causa* (artigo 1255º)<sup>45, 46</sup>.

### 1.3. Factos extintivos

Para além dos modos normais de extinção de direitos reais, (artigo 1267º / nº 1/a)/b)/c)), a posse extingue-se ainda por força da constituição, sem o consentimento do possuidor, de outra posse incompatível.

Acontece, porém, que a posse anterior somente se extingue decorrido que seja um ano sobre a data da privação do respectivo domínio de facto<sup>47</sup>, se ela ocorreu pública e pacificamente, ou então, decorrido que seja um ano sobre a data em que a nova posse se tornou pública e/ou pacífica, (artigos 1267º/

---

Ascensão, Enciclopédia Luso-Brasileira, artigo *Posse - DIR. CIV.*, págs. 850/851). A tese assenta, ao que parece, numa certa concepção que liga a acção de *posse ou entrega judicial*, (artigos 1044º e segs. do Código de Processo Civil de 1962) ao constituto possessório. Tal ligação é, todavia, muito discutível. Acima de tudo por não se ver como é que o detentor, (que nesta concepção se supõe ser o réu), poderá assim invocar alguma vez posse em nome próprio, (artigo 1049º/nº2, do citado diploma)! Não se compreenderia igualmente o disposto no artigo 1047º/nº2, (diploma citado). Mais acertada parece ser a opinião sustentada por Anselmo de Castro (*A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1977, págs. 409 e segs.), apenas com a ressalva de, na acção em causa, não se pressupor obrigatoriamente que o réu seja um terceiro em relação ao *título translativo da propriedade* (artigo 1044º, diploma citado), pois bem pode ser aquele cuja posse se converteu em detenção por força de constituto possessório (artigo 1264º/nº1), desde que entretanto tenha havido inversão do título. A discussão perdeu actualidade com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, dado aqui se ter deixado de regular este processo especial.

<sup>42</sup> É aquela que surge desacompanhada da efectiva subordinação da coisa ao domínio do possuidor (poder de facto). Cfr., por exemplo, M. Albadalejo, *Curso de Derecho Civil Español*, III, *Derecho de Bienes*, (Barcelona, Bosch, 1982), págs. 29/30.

<sup>43</sup> É a situação resultante da chamada *sobreposição de posses* incompatíveis admitida pelo artigo 1267º/nº1/d).

<sup>44</sup> Obviamente no suposto de ainda não ter decorrido o prazo estabelecido no nº2 do artigo 1267º.

<sup>45</sup> Embora, segundo a opinião dominante, (cfr., por todos, Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, págs. 384 e segs.), o âmbito de aplicação deste modo de aquisição da posse se restrinja ao *herdeiro*.

<sup>46</sup> A sucessão na posse está, evidentemente, sujeita a regime especial. De facto, os herdeiros *continuam* (artigo 1255º) a posse do autor da sucessão. Daí que, (Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Sucessões*, págs. 388/389): a respectiva data de aquisição da posse não seja a da abertura da sucessão (artigo 2031º), mas antes o momento em que teve início a posse do *de cujus*; os caracteres da posse dos herdeiros sejam necessariamente aqueles que ela tinha em vida do autor da sucessão; etc..

<sup>47</sup> *Rem amississe videtur, qui adversus nullum eius persequendae actionem habet* (Paulo, D.50.16.14.1.).

/nº 248)<sup>49</sup>. Neste período intermédio existem duas (ou mais) posses: uma *efectiva* – a daquele que esbulhou em último lugar; outra (ou outras) *jurídica* – a do esbulhado (ou esbulhados). Exactamente por isso, a todos, (possuidor efectivo e possuidor jurídico), se reconhecem os *commoda possessionis*, (artigos 1268º e segs.)<sup>50</sup>, excluindo a usucapião<sup>51</sup>.

## 2. Efeitos da posse

I) Atendendo basicamente à enumeração constante dos artigos 1268º a 1300º, os efeitos da posse serão, ao menos, os seguintes: presunção de titularidade do direito, (artigo 1268º); aquisição de frutos, (artigos 1270/1271º); benfeitorias, (artigos 1273º/1275º); acções possessórias, (artigos 1276º a 1286º); e, por fim, usucapião, (artigos 1287º a 1300º).

A presunção de titularidade do direito correspondente ao domínio de facto que o possuidor vem exercendo é estruturalmente idêntica à presunção que se estabelece através do artigo 7º do Código do Registo Predial<sup>52</sup>. Muda apenas o facto concludente: o registo definitivo, aqui; a posse, ali. Como qualquer presunção legal, esta beneficia o possuidor com a inversão do ónus probatório, (artigo 350º/nº 1), o que significa que o possuidor demandado não tem o ónus de provar a titularidade do direito correspondente à sua actuação possessória.

O possuidor de boa fé, (artigo 1260º), tem direito aos frutos naturais e civis proporcionados pela coisa possuída<sup>53</sup>, independentemente de usucapião, (artigo 1270º). O possuidor de má fé deve restituir os frutos que eventualmente tenha percebido<sup>54</sup>, assim como responde por aqueles que um proprietário diligente teria muito provavelmente obtido, (artigo 1271º).

<sup>48</sup> A semelhante conclusão se poderia chegar, de resto, através da conjugação do disposto nos artigos 1257º/nº1 e 1282º.

<sup>49</sup> Cfr. artigo 1167 do Código Civil Italiano e artigo 460/4º do Código Civil Espanhol (de que, aliás, o nº1 do artigo 1267º é quase uma tradução literal).

<sup>50</sup> *Entre eles* deve, naturalmente, estabelecer-se uma hierarquia, que redunde na determinação da “melhor posse” pelos critérios do nº3 do artigo 1278º.

<sup>51</sup> Se o prazo estabelecido pelo artigo 1267º/nº1/d) já decorreu o problema está resolvido por natureza: a posse do esbulhado extinguiu-se. Ao invés, se esse prazo ainda se não consumou, designadamente por se verificar a hipótese do nº2 do artigo 1267º, é a posse do esbulhador que não é boa para usucapião, (artigo 1297º e 1300º/n1).

<sup>52</sup> Acórdão do STJ de 19/03/2002: I. Nas acções reais, o direito de propriedade é o objecto do processo, o efeito jurídico que se pretende obter com a acção. II. A presunção de propriedade que deriva do registo de aquisição (prevista no artigo 7º, CPP84) cede perante a confissão do titular da inscrição, derivada da falta de contestação do direito de propriedade invocado pelo autor na competente acção real. III. A usucapião não é, afectada pelas vicissitudes registrais, valendo por si, mesmo contra o registo de aquisição.

<sup>53</sup> *Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est* (Paulo, D.50.17.136).

<sup>54</sup> *Fructus etiam sunt restituendi* (Paulo, D.50.17.173.1).

No que toca às benfeitorias necessárias e úteis, a relevância da boa ou da má fé do possuidor é nula, (artigo 1273º). Já, ao invés, em matéria de benfeitorias voluptuárias tem relevância no que toca ao exercício do *ius tollendi*, (artigo 1275º).

## 2.1. Acções possessórias

I) Quando o formalismo processual implicava a existência de *tipos* de acções, especialmente individualizadas pelo respectivo *nomen* para finalidades específicas, assumia extrema importância identificar correctamente a acção que se intentava. É que, num certo sentido, todas as acções tinham processo especial.

Hoje em dia, uma vez que a cada direito corresponde, em princípio, uma acção (artigo 2º/nº 2 do Código de Processo Civil), e uma vez que se busca, acima de tudo, a justiça material, (cfr., especialmente, o artigo 265º-A do mesmo diploma), a recondução da generalidade das acções a um processo comum é uma consequência quase necessária. O que implica a relativa pouca importância que decorre da correcta identificação da acção, já que o que o tribunal deve considerar é aquilo que substancialmente se pretende. Razão pela qual, a identificação da acção apenas determinará, na melhor das hipóteses, a mais fácil e rápida compreensão da sua finalidade<sup>55</sup>.

II) Assim sendo, na generalidade dos casos, a referência às acções reais serve somente, por um lado, para dar continuidade a uma certa tradição histórica<sup>56</sup>, e, por outro, para facilitar a comunicação entre juristas.

De qualquer modo, ainda existem certas espécies de acções reais dotadas de um regime substantivo próprio. Nestas, a sua correcta identificação será relevante sempre que, ao menos, um erro na respectiva escolha possa<sup>57</sup> determinar consequências processuais ou substantivas. É o que se passa, designadamente, com as acções possessórias.

III) As *acções reais* são, pois, aquelas que se destinam à defesa de um direito real. O traço comum entre todas elas está na respectiva *causa de pedir*: em todas o fundamento da acção consiste na *titularidade* de um determinado

---

<sup>55</sup> Daí que, nas acções possessórias, “se tiver sido requerida a manutenção em lugar da restituição, ou esta em vez daquela, o juiz conhecerá do pedido correspondente à situação realmente verificada” (artigo 661º/nº3, Código de Processo Civil).

<sup>56</sup> Dentro da qual se identificam, de resto, um número muitíssimo mais extenso de acções do que aquelas que aqui se deixarão referidas (ver, por exemplo, Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, común y foral*, tomo II, *Derecho de Cosas*, vol. I, Madrid, Reus, 1987, págs. 195 e segs., ou Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, págs. 109 e segs.).

<sup>57</sup> Cfr., de todo o modo, a penúltima nota.



direito real, (artigo 498º/nº 4, Cód. Proc. Civil<sup>58</sup>). O que pressupõe, portanto, a demonstração de que essa titularidade radica no demandante.

Apesar da inúmera jurisprudência em sentido contrário, não se vê razão para considerar que a referida demonstração não possa ser feita através da presunção derivada do registo, (artigo 7º, Código do Registo Predial), ou através da presunção derivada da posse, (artigo 1268º/nº 1/1ª parte). Que se saiba, a presunção é um meio de prova como outro qualquer, (artigos 341º e segs.). Assim, somente quando a prova por presunção seja impossível ou a presunção seja ilidida, é que deverá o autor proceder à demonstração positiva da sua titularidade, o que supõe o estabelecimento do chamado *trato sucessivo material*, (ou seja, supõe a prova da existência, da validade e da eficácia dos sucessivos factos aquisitivos dos quais dependa a prova da existência da titularidade actual na pessoa do demandante).

IV) Distinguem-se as acções reais em acções *possessórias*<sup>59</sup> e acções *petitórias*.

Destinam-se as primeiras especificamente à defesa da posse. Pressupõem, portanto, a prova do domínio de facto sobre uma coisa.

Destinam-se as segundas, segundo a visão tradicional, à defesa da propriedade, embora, por força do disposto no artigo 1315º, se devam considerar hoje extensíveis à defesa da generalidade dos direitos reais de gozo, ou, pelo menos em relação à acção de reivindicação, extensíveis à defesa de todos os direitos reais cujo exercício suponha a apreensão material da coisa seu objecto. Pressupõem, portanto, a prova da titularidade de um destes direitos.

V) Dentro das acções possessórias, distingue a lei as acções de prevenção (artigo 1276º), manutenção (artigos 1278º e segs.), de restituição (artigos 1278º e segs.) e os embargos de terceiro (artigo 1285º).

---

<sup>58</sup> Apesar da letra desta disposição identificar a causa de pedir nas acções reais como “o facto jurídico de que deriva o direito real”, isso só pode bastar quando não estiver em litígio a titularidade respectiva, que é justamente o que está em discussão, por exemplo, na acção de reivindicação, (artigo 1311º). Num caso destes, é necessário provar, acima de tudo, a validade do referido facto jurídico, o que pode facilmente implicar que “o facto jurídico de que deriva o direito real” seja constituído por uma sucessão de factos. De resto, mesmo quando não é a titularidade do direito real que está em discussão, continua a ser essa titularidade que constitui a causa de pedir nas acções reais; a prova da mesma é que não necessita ser tão exigente, bastando então a simples demonstração da provável existência da titularidade em causa, avaliada por regras de normalidade. Assim, por exemplo, aquele que intenta acção de demarcação, fá-lo por ser proprietário de certo prédio e não por o ter comprado, recebido em doação ou por sucessão, etc.; sendo certo que, precisamente por não estar em litígio a titularidade dessa propriedade, se pode partir do princípio que, pela normalidade, aquele que demonstra beneficiar de uma venda ou de uma doação é titular de um direito sobre a coisa objecto de um destes actos.

<sup>59</sup> Isto naturalmente partindo do princípio que a *posse* é um direito subjectivo de natureza real, tal como acima se defendeu.

Dentro das acções petítórias, distinguem-se a acção de reivindicação (artigos 1311º e segs.), a acção de demarcação (artigos 1353º e segs.) e, novamente, os embargos de terceiro (artigo 351º, Código de Processo Civil). Acrescenta-se a acção negatória, apesar desta não estar legalmente prevista ou sequer referida.

VI) Nominalmente, as acções possessórias servem para tutela da posse.

Como há, porém, situações em que a defesa possessória está atribuída apesar de as mesmas não se enquadrarem no tipo definido pelo artigo 1251º<sup>60</sup>, das duas, uma: ou o âmbito da posse, para efeitos das acções que a tutelam, é mais amplo do que aquele que resulta da referida disposição<sup>61</sup>, ou é então necessário reconhecer que em alguns casos o detentor tem também legitimidade para intentar acções possessórias.

Embora a resolução desta questão envolva a consideração de aspectos que não podem ser aqui levados em conta, parece evidente, face ao disposto no artigo 351º/nº1 do Código de Processo Civil, que a mera possibilidade de recurso às acções possessórias não implica que o demandante tenha posse. Aliás, esta disposição legal vai até muito mais longe do que normalmente a doutrina se atrevia a ir: é que, se não custa estender a aplicação da tutela possessória ao detentor, dado que este, tal como o possuidor, tem o domínio de facto sobre a coisa, já a extensão da dita tutela à defesa de “qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito” de diligência de apreensão ou entrega de bens judicialmente ordenada, *mesmo que não exista tal domínio de facto*<sup>62</sup>, demonstra que a possibilidade de recurso às acções possessórias não supõe automaticamente que o respectivo autor tenha posse.

VII) A acção de *prevenção* supõe que o possuidor tenha *justo receio* de ser perturbado ou esbulhado. Trata-se, pois, formalmente, de uma acção, mas substancialmente de um procedimento cautelar.

Tem legitimidade activa para esta acção, o possuidor que sofra o referido receio; tem legitimidade passiva, o autor da ameaça de perturbação ou de esbulho. Obviamente não há prazo: a acção pode ser intentada enquanto o receio se mantiver.

A acção de prevenção é uma acção de condenação (com processo comum), dado que se pretende que da sentença respectiva resulte a imposição ao autor da ameaça de uma obrigação de *non facere*.

<sup>60</sup> Confirmam-se os exemplos mais do que habituais, (artigos 1125º/nº 2, 1133º/nº 2, 1188º/nº 2, etc.).

<sup>61</sup> Que é o que está implícito na distinção entre *posse civil* e *posse interdictal*, (Menezes Cordeiro, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Coimbra, Almedina, 1997, pág. 86).

<sup>62</sup> Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa*, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 2002, pág. 161. Não sendo este o local apropriado, sempre se deve dizer que este entendimento parece profundamente exagerado.

VIII) A acção de *manutenção* pressupõe a *perturbação*, ou seja, pressupõe a prática de actos que impedem o exercício normal da posse, desde que dos mesmos não resulte a privação, total ou parcial, do domínio de facto. O âmbito da acção de manutenção define-se assim por exclusão de partes face à acção de restituição.

Tem legitimidade activa para esta acção, o possuidor perturbado ou os seus herdeiros, (artigo 1281º/nº 1). Estes últimos naturalmente no suposto que a perturbação ocorreu ou começou em vida do autor da sucessão mas entretanto se verificou o seu falecimento, (antes de decorrido o prazo de caducidade decorrente do artigo 1282º, bem entendido). É que os herdeiros *continuam* a posse do possuidor perturbado, (artigo 1255º).

Tem legitimidade passiva, o autor da perturbação.

O prazo de caducidade desta acção é de um ano, (artigo 1282º), a contar da prática do acto turbativo ou a contar do início da perturbação, se de uma actuação continuada se tratar.

É igualmente uma acção de condenação (com processo comum), pela mesma razão invocada para a acção de prevenção.

IX) A acção de *restituição* pressupõe o *esbulho*, ou seja, pressupõe a privação total ou parcial do domínio de facto sobre a coisa<sup>63</sup>. O que significa que se pretende obter a *restituição* desse domínio de facto.

Tem legitimidade activa, o possuidor esbulhado ou os seus herdeiros, e estes últimos, claro, no suposto que o esbulho ocorreu em vida do autor da sucessão e este faleceu antes de caducado o prazo para intentar a acção de restituição. É que, não tendo ainda decorrido este prazo, o esbulhado também não perdeu ainda a posse por efeito do esbulho (artigo 1267º/nº 1/d), pelo que os herdeiros *continuam* a sua posse.

Tem legitimidade passiva, o esbulhador e os seus herdeiros, dado que só se pode dizer que ocorreu esbulho quando aquele que privou outrem do seu domínio de facto constituiu a seu favor um domínio de facto incompatível com a manutenção do anterior. O que significa que o esbulho pressupõe que aquele que priva outrem do seu domínio de facto constituiu a seu favor uma posse nova ou, ao menos, uma posse de amplitude superior àquela que antes tinha<sup>64</sup>. Por isso, a legitimidade passiva dos herdeiros do esbulhador volta a fundar-se no disposto no artigo 1255º.

Tem ainda legitimidade passiva, aquele que adquira posse sobre a coisa objecto do esbulho após o esbulhador, (sempre contra a vontade do esbulhado),

<sup>63</sup> Como é óbvio, o esbulho não priva a *posse*. Caso contrário, o esbulhado não teria legitimidade para intentar a acção possessória de restituição!

<sup>64</sup> Se assim não se entender, será necessário admitir o contrasenso de que, mesmo após caducado o prazo para intentar a acção de restituição, o esbulhado mantém a sua posse (uma vez que, se o esbulho se puder verificar, supondo já que isso é possível, mesmo quando o esbulhador não constitua a seu favor um domínio de facto incompatível com o do esbulhado, não há uma “nova posse de outrem”, e, portanto, não se verifica a hipótese prevista pelo artigo 1267º/nº 1/d)).

desde que conheça o esbulho, (portanto, neste sentido, esteja de má fé). Daqui decorre que nem o terceiro possuidor de boa fé tem legitimidade passiva para esta acção, nem o detentor, (seja a detenção em nome do esbulhador, seja em nome dos herdeiros deste, seja em nome de terceiro possuidor).

Tal como a acção de manutenção, a de restituição está sujeita ao prazo de caducidade estabelecido pelo artigo 1282º.

Trata-se, novamente, de uma acção de condenação (com processo comum), uma vez que se pretende obter do réu a cessação dos actos que causam a privação da posse, com, em geral, a imposição da subsequente obrigação de restituir a coisa objecto do esbulho. A condenação na restituição pode ser obtida logo no despacho saneador se o réu “apenas tiver invocado a titularidade do direito de propriedade, sem impugnar a posse do autor”, (artigo 510º/nº 5, Código de Processo Civil).

X) Os *embargos de terceiro* estão actualmente configurados como um incidente da instância, (artigos 351º e segs. do Código de Processo Civil). Presupõem que por acto judicial que ordene a apreensão ou a entrega de bens se ofenda ou se possa ofender “a posse ou qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito” desse acto judicial, (artigos 351º/nº1 e 359º/nº 1, Código de Processo Civil), quando o respectivo titular não seja “parte na causa”<sup>65</sup>. Os embargos de terceiro destinam-se, portanto, a retirar o direito daquele que embarga do alcance desse acto judicial (penhora, arresto, etc.). Se a dedução destes embargos é posterior à efectivação da referida entrega ou apreensão de bens, diz-se que o embargo é *repressivo*; se é anterior, diz-se que o embargo é *preventivo*.

Tem legitimidade activa, o titular da posse ou de “qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito” da diligência judicial de entrega ou apreensão de bens desde que não seja “parte na causa”. Têm legitimidade passiva, as *partes primitivas*, (artigo 357º, Código de Processo Civil), do processo do qual resultou o acto judicial destinado à apreensão ou à entrega de bens.

O embargo *repressivo* deve ser deduzido no prazo de trinta dias após ter ocorrido a apreensão ou a entrega dos bens ou no prazo de trinta dias após a data em que o embargante teve conhecimento destes factos. Mas, obviamente, tratando-se de um incidente da instância, não poderão nunca ser deduzidos após a extinção dessa instância.

O embargo *preventivo* poderá ser deduzido após o acto judicial de apreensão ou entrega de bens ter sido ordenado mas antes de ter sido efectivado.

---

<sup>65</sup> Daí que o embargo de terceiro seja uma modalidade dos incidentes relativos à *intervenção de terceiros*.



## 2.2. Usucapião

I) A usucapião é o modo de *constituição* de direitos reais que pressupõe a manutenção da *posse* de certa coisa, durante um *determinado lapso de tempo*, desde que o exercício dessa posse corresponda materialmente ao que seria o exercício de certo direito real de gozo, (artigo 1287º)<sup>66</sup>.

Por isso a usucapião é, na sua base, um dos *efeitos da posse*.

II) Historicamente<sup>67</sup>, parece que a *usucapio* surge como um modo de proteger «a boa fé daqueles que tinham adquirido legitimamente qualquer objecto, mas que não tinham ficado desde logo proprietários, ou porque a coisa adquirida não era propriedade do alienante, ou porque não tinham sido respeitadas as formalidades legais no acto da aquisição»<sup>68</sup>.

A evolução histórica posterior implicou um alargamento da razão de ser da usucapião. Pode de facto dizer-se que, entre outras razões, a usucapião se justifica, por um lado, no prémio que deve ser dado àquele que promove o aproveitamento económico da coisa<sup>69</sup>, mesmo não sendo titular de qualquer direito sobre a mesma, e, por outro, na vantagem prática em obter, tanto quanto possível, a coincidência entre titularidade efectiva e posse.

O fundamento da usucapião não reside, de qualquer modo, no *abandono*<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Não de todos, no entanto, (artigo 1293º). Cfr. acórdão do STJ de 24/02/1999: I. *As servidões legais podem ser constituídas por sentença judicial, por decisão administrativa e voluntariamente, sendo possível, neste caso, a constituição por contrato, por testamento, por usucapião e por destinação do pai de família.* II. *Apenas quanto às servidões não aparentes é de excluir, por disposição expressa da lei, a sua constituição por usucapião.* III. *O direito de preferência concedido no artigo 1555º do C. Civil existe qualquer que tenha sido o título constitutivo da servidão legal de passagem em causa.*

Tão-pouco podem usucapir-se direitos sobre coisas submetidas a regime de domínio público ou, em geral, sobre coisas fora do comércio (artigos 1267º/nº1/b e 202º/nº2) – *res fisci usucapi non potest* (Inst., 2.6.9.). É igualmente inadmissível usucapião relativa aos chamados *bens culturais*, (artigo 34º, Lei 107/2001 de 08/09 – Lei de bases do património cultural).

E, apesar de numerosa jurisprudência em sentido contrário, julga-se que igualmente inadmissível a usucapião, (ou a acessão, acrescente-se), contrária a regras urbanísticas, designadamente, a regras sobre loteamentos urbanos – está aqui em causa, como no que aos bens de domínio público respeita, o interesse público.

Crê-se que a partir do que antecede se pode formular a regra segundo a qual a usucapião não pode ocorrer sempre que da sua invocação resulte a infracção de normas de interesse ou de ordem pública. Daí que, ao invés, já seja admissível a usucapião em infracção das regras sobre fraccionamento de prédios rústicos agrícolas, (por causa, designadamente, do disposto no art. 1379º).

<sup>67</sup> *Usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium ... anus est usus*, (Lei das XII Tábuas, tábuas VI, 3ª). Ver Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, pág. 74.

<sup>68</sup> Almeida Costa, *Direito Romano* (policopiado), págs. 155/156, nota(1).

<sup>69</sup> Dada a *função social* que qualquer direito subjectivo, e muito especialmente o de propriedade, é chamado a desempenhar, (artigo 334º; artigos 83º, 89º, 97º, etc., Constituição da República Portuguesa. Cfr., igualmente, os artigos 33º/nº2 e 42º das Constituições espanhola e italiana, respectivamente).

<sup>70</sup> Há quem considere, no entanto, que o prazo de usucapião é simultaneamente prazo de *não uso* contra aquele que pela prescrição aquisitiva seja afectado, (Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2003, pág. 766). Já desconsiderando aspectos mais tecnicistas, a explicação da usucapião através de uma fundamentação puramente objectiva, (Díez-

a que o proprietário da coisa eventualmente a vote<sup>71</sup>. Só de um ponto de vista factual assim se poderá descrever o fenómeno.

### III) O primeiro pressuposto da usucapião é a *posse*.

A posse, para este efeito, é a *aparência* de titularidade de um direito real, (artigo 1251<sup>o</sup>). Não é indispensável uma *actuação* correspondente a essa titularidade, como se diz no artigo 1251<sup>o</sup><sup>72</sup>, embora esse seja o mais frequente modo de manifestação da mesma. Confira-se, com efeito, por exemplo, o disposto no artigo 1257<sup>o</sup>/n<sup>o</sup>1/*in fine*.

A posse pode ser causal ou formal.

A posse é *causal* quando surge apenas como o corolário do exercício de um direito de que efectivamente se é titular<sup>73</sup>.

A posse é *formal* quando a sua relevância jurídica não depende de nada mais do que da sua própria existência.

Para efeitos de usucapião pressupõe-se, naturalmente, *posse*<sup>74</sup> *formal*<sup>75</sup>.

### IV) Para poder conduzir à usucapião, essa posse deve revestir certas características.

---

Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 5ª edição, 1990, vol.III, pág. 609), afigura-se, porém, incompatível com a exigência, para efeitos de usucapião, de uma posse pacífica e pública, (artigos 1297<sup>o</sup> e 1300<sup>o</sup>/n<sup>o</sup>1), assim como não se coaduna com a necessidade da sua invocação para que produza os respectivos efeitos, (artigos 1292<sup>o</sup> e 303<sup>o</sup>). A usucapião também se funda, se não na negligência ou na falta de diligência do titular afectado pelos efeitos da mesma, pelo menos na sua *inércia*.

<sup>71</sup> Como, por vezes, se vê escrito, (ver, por exemplo, Isabel Pereira Mendes, *Código do Registo Predial Anotado*, Coimbra, Almedina, 5ª edição, 1992, pág. 234), e que, sendo a coisa móvel, a tornaria susceptível de ocupação (artigo 1318<sup>o</sup>), e, sendo imóvel, seria de todo ineficaz, quer face ao disposto, como atrás se disse, no artigo 217<sup>o</sup>/n<sup>o</sup>2, quer face à impossibilidade de, regra geral, a propriedade se extinguir pelo não uso, quer, por fim, por causa da regra contida no artigo 1345<sup>o</sup>.

<sup>72</sup> Nem “un’attività” como se diz no artigo 1140 do Código Civil Italiano. Neste ponto, parece muito mais correcta a definição do artigo 430 do Código Civil Espanhol: “Posesión (...) es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho...”.

<sup>73</sup> Mas, indubitavelmente, “a posse causal não é (...) uma decorrência da titularidade do correspondente direito. Ela exige, sempre, um *plus*: o controlo material da coisa a que se reporte ou, pelo menos, uma forma juridicamente equivalente”, (Menezes Cordeiro, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, pág. 85).

<sup>74</sup> Acórdão do STJ de 16/12/1999: *Implantada uma construção apoiada em prumadas de cimento, em terreno alheio, com autorização do dono desse terreno, a utilização de tal construção traduz uma mera detenção, pelo que não permite a aquisição por usucapião do terreno.*

<sup>75</sup> Acórdão do STJ de 20/03/2001: I. O contrato-promessa não é susceptível de, só por si, transmitir a posse ao promitente comprador. II. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o corpus possessório, mas não assume o animus possidendi, ficando, pois, na situação do mero detentor ou possuidor precário. III. A posse conducente à usucapião tem de ser pública e pacífica, influyendo as características de boa fé ou má fé, justo título e registo de mera posse na determinação do prazo para que possa produzir efeitos jurídicos. IV. A presunção do n. 2 do artigo 1260 do Código Civil de que a posse titulada presume-se de boa fé, e a não titulada, de má fé, é ilidível. V. Se o devedor ignorar, com culpa, que está a violar o interesse de outrem, não pode considerar-se de boa fé. VI. A posse, por certo lapso de tempo e com certas características, conduz à usucapião, podendo adquirir por usucapião, se a presunção de posse não for ilidida, os que exercem o poder de facto sobre uma coisa.

Deve, em primeiro lugar, ser uma posse *efectivamente* exercida <sup>76</sup> durante o lapso de tempo requerido<sup>77</sup>.

Em segundo lugar, e como a atribuição de um direito ao possuidor deve supor a *inércia* daqueles que potencialmente a isso se poderiam opor, para iniciar a contagem do prazo, exige-se que a posse tenha sido *adquirida* pacífica e publicamente. Caso contrário, o prazo só começará a correr com a chamada *purificação* da posse, (artigos 1297<sup>o</sup> e 1300<sup>o</sup>/n<sup>o</sup> 1)<sup>78, 79</sup>.

É *violenta* a posse adquirida mediante coacção moral ou coacção física, (artigo 1261<sup>o</sup>/n<sup>o</sup> 2). É *oculta* a posse cujo exercício não é cognoscível pelos interessados, (artigo 1262<sup>o</sup>).

V) O lapso de tempo exigido<sup>80, 81</sup> varia em função de dois factores básicos: natureza *mobiliária* ou *imobiliária* da coisa objecto da posse; boa ou má fé do possuidor.

A *boa fé* consiste no desconhecimento de que, ao adquirir a posse<sup>82</sup>, se está a lesar um direito alheio (artigo 1260<sup>o</sup>/n<sup>o</sup> 1)<sup>83, 84</sup>. Recorre-se, pois, à chamada *boa fé subjectiva*, embora seja hoje ponto assente que, o respectivo critério de aferição, não é de base psicológica, mas sim normativa<sup>85</sup>.

VI) Outros factores que fazem variar o prazo são o carácter titulado ou não titulado da posse e a existência de registo do título ou da posse.

<sup>76</sup> E não meramente *mantida*, (artigo 1257<sup>o</sup>). Em matéria de usucapião não deve funcionar, pois, a regra *habetur quod peti potest* (Ulpiano, D.50.16.143).

<sup>77</sup> Cfr., a este propósito, a argumentação de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, págs. 297 a 299.

<sup>78</sup> Cfr. os lugares paralelos dos artigos 1267<sup>o</sup>/n<sup>o</sup> 2 e 1282<sup>o</sup>.

<sup>79</sup> Com uma única excepção: a contida no artigo 1300<sup>o</sup>/n<sup>o</sup> 2, a qual traduz uma aproximação à (*en fait de meubles*), *possession vaut titre*.

<sup>80</sup> Acórdão do STJ de 25/11/1999: I. A usucapião, enquanto situação jurídica em curso de constituição, regula-se pela lei nova que entre em vigor antes de completado o processo de formação de tal constituição. II. A valoração da *boa fé* para que remete o art. 1260, n. 2, e sua repercussão no art. 1296 do CC actual – aplicáveis por força da conclusão antecedente – envolve uma questão de direito cuja judicção é sindicável pelo STJ.

<sup>81</sup> I. Na contagem da duração da posse para efeitos de usucapião inclui-se o prazo de um ano, previsto na alínea d) do n<sup>o</sup> 1 do art. 1267<sup>o</sup> do Código Civil, necessário para a perda da posse a favor de outrem, (Acórdão da Relação de Lisboa de 07/12/2000).

<sup>82</sup> *Mala fides superviens non nocet* (D.41.1.4.1.).

<sup>83</sup> Embora seja, como resulta do artigo 1260<sup>o</sup>, no momento da aquisição da posse que se fixa a boa ou a má fé, a *mala fides superviens* não é totalmente irrelevante, (cfr. artigo 1270<sup>o</sup>).

<sup>84</sup> Acórdão do STJ de 11/03/1999: I. Para que a posse conduza à usucapião é necessário não só que seja pacífica no momento da sua obtenção, mas que assim se mantenha, não contando a partir do momento em que lhe seja feita oposição. II. A ocupação de um imóvel derivada de um contrato-promessa de compra e venda desse mesmo imóvel, em que o ocupante age como se fosse o seu dono, é posse de má fé, para efeitos de usucapião, uma vez que o possuidor sabe que lesa direito alheio, visto não possuir título translativo eficaz.

<sup>85</sup> Boa fé será assim o desconhecimento desculpável ou não censurável. Ver, por todos, Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol.I, (Coimbra, Almedina, 1985), págs. 516 e segs.. Cfr. artigo 1147/2 do Código Civil Italiano.

A posse é *titulada* quando a sua aquisição suponha a existência de um acto jurídico<sup>86</sup> translativo ou constitutivo de um direito real que, a ser válido, seria a *causa*, (aquele direito, entenda-se), dessa posse. Exige-se que tal acto tenha observado a forma legal, (artigo 1259º/nº 1)<sup>87</sup>.

Ao invés, a posse é *não titulada* se a sua aquisição: i) se não *fundar* num acto com a referida eficácia translativa ou constitutiva<sup>88, 89</sup>; ii) se fundar num acto existente<sup>90</sup>, com eficácia translativa ou constitutiva de um direito real, mas formalmente inválido<sup>91</sup>.

VII) Tratando-se de coisas móveis não registáveis, são os caracteres até agora expostos os únicos que fazem variar o prazo.

Mas, tratando-se de coisas imóveis ou móveis registáveis, é preciso considerar ainda mais dois aspectos.

Por um lado, neste caso, a simples existência de título não diminui o prazo. Exige-se, ainda, o respectivo registo, (compare-se o disposto nos artigos 1294º e 1296º com o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 1298º)<sup>92</sup>.

Por outro, permite-se que, quando não haja registo do título, se proceda ao registo da (mera) posse, (artigo 1295º; artigo 2º/nº1/e), Código do Registo Predial)<sup>93</sup>. Em tal caso, os prazos da usucapião poderão equivaler aos da posse titulada com registo do título.

VIII) Desde que se possa invocar a acessão dos tempos de posse (artigo 1256º)<sup>94</sup>, o prazo conta-se independentemente de *quem* seja o possuidor<sup>95</sup>.

<sup>86</sup> Não necessariamente negócio jurídico. Pode, por exemplo, ser uma decisão judicial.

<sup>87</sup> Cfr., a este respeito, Menezes Cordeiro, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, págs. 91/92.

<sup>88</sup> Como sucede, de um modo geral, nos casos de aquisição originária da posse, (artigo 1263º/a)/d)), excepto no caso de inversão do título por acto de terceiro, (artigo 1265º/2ª parte).

<sup>89</sup> Fundando-se a "attività" num acto jurídico mas sem eficácia translativa ou constitutiva de um direito real, não é posse, mas sim detenção, (artigo 1251º/a *contrario*).

<sup>90</sup> O que impede a posse de ser titulada quando tal "acto" seja juridicamente *inexistente*.

<sup>91</sup> Sendo tal acto substancialmente inválido sob a forma de nulidade, (art. 286º), a posse é titulada. Ao invés, sendo também substancialmente inválido mas sob a forma de anulabilidade, (art. 287º), enquanto esse acto não for anulado, a posse é causal, pelo que só uma vez anulado, será a posse titulada, (no óbvio suposto de que o beneficiário do acto anulado mantém, apesar da anulação, a posse da coisa).

<sup>92</sup> A falta desse registo, não importa a razão, faz equivaler a posse titulada à não titulada.

Parece descobrir-se aqui uma razão para não se ter considerado titulada a posse quando, o negócio translativo ou constitutivo em que ela se funde seja formalmente inválido. De facto, o registo seria aí praticamente impossível, (artigos 43º e 68º, Código do Registo Predial).

<sup>93</sup> Recorrendo, para o efeito, por força do disposto no artigo 118º/nº2 do Código do Registo Predial, ao processo de justificação regulado pelos artigos 117º a 117º-P do mesmo diploma.

<sup>94</sup> Cfr. Manuel Rodrigues, *A Posse – Estudo de Direito Civil Português*, págs. 250 a 253.

<sup>95</sup> Acórdão do STJ de 11/12/2003: I. Na execução o tribunal não vende no exercício de poder originariamente pertencente ao executado, mas sim em virtude de um poder autónomo, que se reconhece à própria essência da função judiciária. II. Assim, o anterior adquirente do direito de propriedade (sobre imóvel) não registado não é terceiro, para efeitos de registo nos termos do nº4 do artigo 5º do CRP, relativamente ao arrematante em venda executiva do direito de propriedade registado (sobre o mesmo imóvel), nem, muito menos,



Pressupõe-se unicamente que, entre a posse daquele que invoca a usucapião e aquela/s cujo/s tempo/s de duração se pretende/m fazer aceder, exista um nexo de derivação<sup>96</sup>. Isto é: só se podem aceder os tempos das posses que sucessivamente tenham sido adquiridas de modo derivado, (artigo 1263º/b)/c)<sup>97, 98</sup>.

IX) À usucapião aplicam-se, de um modo geral, por força do disposto no artigo 1292º, as regras da prescrição (extintiva).

Daqui decorre uma importante consequência. A usucapião não conduz *ipso jure* à aquisição do direito em causa<sup>99</sup>, pois torna-se imprescindível que o possuidor, cuja posse seja boa para usucapir, a invoque<sup>100</sup>, judicial<sup>101</sup> ou extrajudicialmente<sup>102</sup> (artigo 303º)<sup>103</sup>. A referida invocação, não havendo indicação legal em contrário, tanto pode ser expressa como tacitamente efectuada<sup>104</sup>.

*relativamente ao adquirente posterior ao arrematante. III. Não sendo, assim, terceiro para efeito de registo, pode aquele anterior adquirente, na acção reivindicativa do prédio, que venha a propor, com fundamento na usucapião, contra este último adquirente, alegar e somar à sua posse a dos antepossuidores, nos termos do artigo 1256, nº1 do Código Civil.*

<sup>96</sup> Acórdão do STJ de 25/02/1993: I. A posse que pode conduzir à aquisição do direito de propriedade por usucapião tem de ser uma posse em nome próprio. II. Existindo duas posses, que se sucedem no tempo, sobre um prédio, mas não existindo um elo de ligação entre ambas – sucessão ou acessão – a posse mais recente não se pode somar à outra para efeitos de usucapião.

<sup>97</sup> É o que se retira da utilização, no artigo 1256º, da expressão “sucedido”.

Se o caso for de sucessão *mortis causa*, o problema da acessão de tempos de posse nem sequer se coloca, já que os sucessores *continuam* (necessariamente) a posse do *de cujus*, (artigo 1255º).

<sup>98</sup> Nos termos do nº 2 do artigo 1256º, é irrelevante o facto de as posses que se juntam serem de espécie ou natureza diferente, embora, em tal caso, a acessão se dê apenas dentro do âmbito daquela posse que atribua benefícios mais limitados.

<sup>99</sup> Como, por exemplo, sucede no Código Civil Espanhol segundo M.Albadalejo, *Curso de Derecho Civil Español – III, Derecho de Bienes*, pág. 109.

<sup>100</sup> Acórdão do STJ de 21/04/1994: I. Por força do disposto no artigo 1292 do Código Civil é aplicável à usucapião o disposto no artigo 303 do mesmo diploma, pelo que o tribunal não pode suprir oficiosamente a usucapião, sendo necessário, para ser eficaz, de ser invocada, ainda que implícita ou tacitamente, devendo o Autor alegar factos que clara e manifestamente integrem os respectivos elementos ou requisitos e revelem inequivocamente a intenção de fundamentar nela o seu direito. II. Sendo assim, desde que articulados e provados pelo respectivo interessado os factos constitutivos da usucapião, o tribunal tem de os considerar por se entender que desta forma o articulante se tinha querido prevalecer deles.

<sup>101</sup> Apesar de não se ajustar inteiramente à hipótese, a acção competente só pode ser a de simples apreciação positiva, (artigo 4º/nº 2/a), Código do Processo Civil). Em rigor, a introdução do processo de justificação previsto nos artigos 117º a 117º-P do Código do Registo Predial teve claramente em vista a abolição da chamada acção de justificação judicial até então regulada pelo Decreto-Lei nº 284/84 de 22/08. O que, correspondendo ao fenómeno recente da *desjudicialização*, deveria significar que a invocação da usucapião por via de acção judicial somente seria admissível “se houver oposição”, (artigo 117º-H/nº 2, Código do Registo Predial). Faz sentido, no entanto, que sendo dita oposição *previsível* e *antecipável*, (por exemplo, porque há titulares recentemente inscritos), o interessado possa recorrer de imediato aos meios judiciais. *Mutatis mutandis* para a invocação da usucapião através da escritura de justificação que a seguir se refere.

<sup>102</sup> Através da escritura pública de justificação notarial prevista nos artigos 89º e segs. do Código do Notariado ou do processo de justificação previsto nos artigos 117º a 117º-P do Código do Registo Predial.

Uma vez aberta a possibilidade de obtenção da referida escritura, (artigo 101º/nº 2, Código do Notariado), o respectivo conteúdo somente pode ser impugnado através da interposição da competente

O acto judicial ou extrajudicial é, no entanto, meramente *certificativo*, pois a invocação da usucapião tem eficácia retroactiva à data do início da posse, (artigo 1288º).

A sentença ou a escritura pública correspondente não carecem de inscrição no registo para serem eficazes perante terceiros, (artigo 5º/nº 2/a), Código do Registo Predial)<sup>105</sup>. Mas esse registo deve ser efectuado sempre que o direito usucapido vier a ser transmitido ou onerado, (artigos 9º e 34º, Código do Registo Predial).

Tem *legitimidade* para invocar a usucapião não apenas o possuidor que tenha preenchido os requisitos supra mencionados como também os respectivos “credores e ... terceiros com legítimo interesse na sua declaração”, (artigo 305º/nº 1).

X) A aquisição por usucapião é *originária*<sup>106</sup>. Quer dizer que o direito adquirido se *funda* apenas na posse e não em qualquer direito anterior na titularidade doutrem.

Tal posse é, simultaneamente, a *medida* da aquisição por usucapião. Isto é, o conteúdo do direito usucapido, é igualmente dado pela forma como se exerceu a posse até à invocação da usucapião – *quantum possessum tantum praescriptum*<sup>107</sup>.

---

acção judicial: I. A acção onde se pede se declare de nenhum efeito e nula certa escritura de justificação notarial é uma acção de simples apreciação negativa. II. Nas acções de simples apreciação negativa compete aos réus provar os factos constitutivos do direito a que se arroga, (Acórdão do STJ de 11/04/2000).

<sup>103</sup> Invocação essa que é feita no exercício de um direito real de aquisição.

<sup>104</sup> Acórdão do STJ de 03/02/1999: I. A usucapião considera-se invocada desde que se mostre alegado o complexo fáctico subjacente. Tal invocação pode pois ser implícita ou tácita, se os factos alegados integrarem, de modo manifesto, os respectivos elementos ou requisitos constitutivos e revelarem a intenção inequívoca de fundar o seu direito na usucapião. II. A usucapião implica sempre a existência de dois elementos: a posse e o decurso de certo período de tempo, tendo a posse de ser sempre pública e pacífica; os restantes caracteres (boa ou má-fé, título ou não título e registo ou não registo) apenas influem no prazo necessário para a prescrição aquisitiva. III. Quando tenha havido transmissão da posse, o sujeito pode juntar à sua a posse do seu antecessor ou antecessores, mesmo para efeitos de usucapião. IV. A usucapião em nada é prejudicada pelas vicissitudes registrais – conf. a excepção da al. a) do n. 2 do art 5 do CRP84. V. É assim ineficaz em relação aos respectivos adquirentes não só a venda judicial do prédio adquirido por essa via originária, ainda que essa transmissão por via judicial (aquisição derivada) haja sido objecto de registo anterior, como também as penhoras de tal prédio que hajam sido registadas.

<sup>105</sup> A inscrição de aquisição por usucapião tem, pois, efeito enunciativo.

<sup>106</sup> Acórdão do STJ de 01/07/1999: I. A usucapião é uma forma originária de aquisição de direitos. II. A usucapião tem eficácia retroactiva plena, em relação a quem quer que seja, independentemente do registo.

<sup>107</sup> Acórdão do STJ de 04/02/1993: I. Nos termos do artigo 1524 do Código Civil, “o direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio”, sendo a propriedade do chão que pertence ao fundeiro, enquanto a propriedade da obra cabe ao superficiário. II. Admitida a usucapião como fonte aquisitiva do direito de superfície sobre edifício já construído, a sua operosidade, por banda do superficiário, há-de depender da verificação do condicionalismo enunciado nos artigos 1287 e seguintes do Código Civil, condicionalismo que, observando o corpus, há-de relativamente ao animus, traduzir-se na convicção do usucapiente deter e fruir a obra, isto é, somente a construção, como superficiário, ou seja, com exclusão do terreno em que a mesma está implantada.

É verdade, porém, que este aforismo somente é inteiramente veraz para a usucapião “fundada únicamente en la posesión”, mas já não na usucapião que se funda em “justo título y donde por conseqüiente se usucapirá en la medida en que el título lo permita y de acuerdo com él”<sup>108</sup>. A menos, neste último caso, que tenha havido inversão do título da posse, (art. 1263º).

XI) Todos os direitos anteriormente existentes sobre a coisa objecto da usucapião se *extinguem* por incompatibilidade, uma vez esta invocada.

O *exercício* desses direitos pode, no entanto, ter sido “reconhecido” ou “autorizado” pelo possuidor, (ou seja, pode suceder que o possuidor tenha permitido o exercício dos mesmos apesar de a respectiva constituição lhe não ser imputável). Formalmente, porém, invocada a usucapião, tais direitos *extinguem-se*<sup>109</sup> retroactivamente à data do início da posse, (artigo 1288º). Constituir-se-ão outros, entretanto, com um conteúdo correspondente à medida de posse que tiver sido “autorizada” pelo possuidor<sup>110</sup>, no justo momento em que este venha invocar a usucapião<sup>111</sup>. Significa isto que a disposição contida no artigo 1291º se deve aplicar a todos os casos de conflito de posses sobre a mesma coisa<sup>112</sup>.

Exceptuam-se deste esquema, aqueles direitos reais que não atribuam qualquer medida de posse (como a hipoteca)<sup>113</sup>. Aí, a invocação da usucapião limita-se a extingui-los, quando hajam sido constituídos por um anterior titular.

Ao invés, os “direitos” concedidos pelo possuidor antes de invocada a usucapião, constituem-se retroactivamente assim que esta seja invocada, (artigo 1288º), em virtude de, supervenientemente, isso lhe conferir legitimidade para o efeito.

### 2.3. *Usucapio libertatis*

I) De certo modo, a *usucapio libertatis* mantém afinidade com o não uso. Em qualquer caso, se verifica o não exercício de um direito real. Mas, num

<sup>108</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.III, (Madrid, Civitas, 1995), pág. 743.

<sup>109</sup> Por *ilegitimidade* (superveniente) daquele que os constituiu, se tal tiver ocorrido depois do início da posse, (artigo 1288º).

<sup>110</sup> Acórdão do STJ de 04/11/2003: I. Os encargos constituídos por usucapião são impostos pelos factos e, assim, uma vez desaparecidos ou ultrapassados “a latere” os factos que lhe deram origem nenhuma reserva se levanta contra a extinção da servidão. II. Pelo que podem as servidões de passagem constituídas por usucapião ser declaradas judicialmente extintas a requerimento do proprietário do prédio serviente desde que se mostrem desnecessárias ao prédio dominante (artº. 1569º nº. 2 C. Civil).

<sup>111</sup> Este formalismo pode parecer escusado, mas não é. De facto, só por mera casualidade terão esses direitos sido “autorizados” pelo possuidor tal e qual como terceiro os tinha constituído.

<sup>112</sup> E não apenas ao conflito paralelo que literalmente se prevê.

<sup>113</sup> Já que, não atribuindo posse, são insusceptíveis de criar o conflito que pode levar o possuidor à aceitação/rejeição do exercício de um direito constituído por terceiro.



ponto não despidendo se distinguem: na *usucapio libertatis*, o não exercício decorre de *oposição* ao exercício criada pelo titular de outro direito real conflituante sobre a mesma coisa.

II) A *usucapio libertatis* supõe, assim, em primeiro lugar, a existência de dois direitos reais sobre a mesma coisa.

Mas, pressupõe, acima de tudo, que esses dois direitos *conflituem* entre si, de modo a que a oposição criada por um dos titulares em presença o possa beneficiar com a eventual extinção resultante do não exercício do direito alheio. É de facto esse benefício a razão de ser da *usucapio libertatis*, que, aliás, de forma expressiva, resulta literalmente dos artigos 1569º/nº 1/c) e 1574º: “aquisição (...) da liberdade do prédio”<sup>114</sup>.

III) Apesar da expressão utilizada inculcar libertação da propriedade, nada impede que, tendo em conta o pressuposto enunciado, a *usucapio libertatis* provoque a descompressão de outros direitos reais.

Quer dizer: tanto pode ser o proprietário do prédio serviente a *opor-se* ao exercício da servidão, do direito de superfície, do usufruto, etc.; como o comproprietário a *opor-se* ao exercício do direito do outro comproprietário; como o usufrutuário a *opor-se* ao exercício da servidão, do uso e habitação, etc.; como o titular de uma servidão a *opor-se* ao exercício doutra servidão incompatível; que, em qualquer caso, pode vir a produzir-se a *usucapio libertatis*<sup>115</sup>.

IV) Constatase, igualmente, que se supõe atribuírem ambos os direitos conflituantes poderes que se manifestam em actuações materiais sobre uma coisa. É impossível, por exemplo, a extinção por *usucapio libertatis* da hipoteca, já que é inconcebível uma *oposição* por parte do titular do direito onerado contra o exercício do direito de hipoteca.

*Oposição* aparece aqui, pois, como sinónimo de *criação de impedimentos de natureza material* ao exercício de direito real alheio sobre a mesma coisa.

O que leva, por outro lado, a concluir que a *usucapio libertatis* pode produzir a extinção, não apenas direitos de gozo, como também de garantia ou de aquisição, sempre que estes autorizem actuações de natureza material sobre uma coisa, (por exemplo, o penhor ou a consignação de rendimentos na hipótese do artigo 661º/nº 1/b)).

---

<sup>114</sup> “... Si yo, a pesar de estar gravado, poseo algo mio como libre, ciertamente que no puedo adquirir su dominio, porque ya me pertenece, pero puedo adquirir el poder que me falta (en el ámbito en que limita mi dominio el derecho real del otro), ya que al poseer la cosa como si ese poder no existiese, poseo también el contenido de señorío que corresponde a tal poder” (M.Albadalejo, *Curso de Derecho Civil Español – III, Derecho de Bienes*, pág. 135).

<sup>115</sup> Os artigos 1569º/nº1/c) e 1574º devem, pois, entender-se, como meras aflorações de uma regra geral: qualquer direito onerador se pode extinguir pela *usucapio libertatis*. Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, pág. 413.

V) Como a própria designação permite deduzir, a *usucapio libertatis* é uma figura próxima da usucapião.

Na verdade, após a prática do/s acto/s de oposição, é necessário que o titular do direito contra quem essa oposição se faz não reaja. E, para além disso, que a oposição sem reacção se mantenha por certo lapso de tempo, (por forma a se poder presumir o desinteresse a partir da inércia daquele que não reage). Durante esse período, aquele que se opôs deve, pois, passar a exercer o seu direito “como se a oneração não existisse”<sup>116</sup>. O que imediatamente apela à ideia de posse.

VI) Não se pode, no entanto, falar de posse, no seu sentido técnico-jurídico (artigo 1251º), uma vez que não está em causa o direito daquele que se opõe, mas sim o direito daquele contra quem a oposição é feita. Ou seja: o primeiro não está a adquirir o direito alheio<sup>117</sup>, nem está a adquirir um direito próprio incompatível com a manutenção daquele direito alheio, (como sucederia se de verdadeira usucapião se tratasse). Pelo que é extremamente impróprio falar de *usucapio libertatis* para enquadrar aquelas situações em que o possuidor, ao invocar a usucapião, extingue direitos reais alheios cujo exercício não foi “autorizado” pelo possuidor<sup>118</sup>.

VII) Apesar das diferenças, para alguma coisa serve a equiparação entre usucapião e *usucapio libertatis*.

De facto, o apelo que o artigo 1574º faz à usucapião, leva a concluir que o prazo a que o seu nº 2 se refere, tem de ser um dos prazos da usucapião, (artigos 1294º a 1300º).

Por outro lado, a mesma equiparação, implica que, a extinção do direito que onera e contra o qual foi erguida a oposição, somente se dará quando a *usucapio libertatis* for invocada, judicial ou extrajudicialmente, (artigos 1292º e 303º).

VIII) Destinando-se a *usucapio libertatis* a produzir a *desoneração*, tanto extingue, como se disse, um direito qualitativamente igual, como um direito qualitativamente diferente<sup>119</sup>.

Em qualquer caso se verifica o desaparecimento de um direito que *com-primia* o exercício doutro direito.

<sup>116</sup> Só assim se podendo falar, findo o tal lapso de tempo, em “aquisição da liberdade do prédio”, (artigos 1569º/nº1/c) e 1574º).

<sup>117</sup> Daí que a *usucapio libertatis* seja um modo de extinção e não um modo de aquisição, sendo a letra dos artigos 1569º/nº1/c) e 1574º apenas uma forma mais enfática de expressão.

<sup>118</sup> Como, por exemplo, faz Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, común y foral*, tomo II, *Derecho de Cosas*, vol. I, págs. 396/397.

<sup>119</sup> Com opinião diversa, Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, págs. 413 a 414.

## 2.4. Usucapião versus aquisição tabular

I) No caso do registo de aquisição por usucapião, o registo é de facto indiferente para que o efeito aquisitivo se produza, dado que o facto no qual se funda a usucapião é necessariamente um facto público, (artigos 1297º e 1262º). A realização do registo de nada adianta, pois, em termos aquisitivos. No máximo, a realização do respectivo registo incrementa a possibilidade de a aquisição por usucapião ser conhecida.

Sucedo no entanto que a realização do registo de aquisição por usucapião acaba por se tornar indirectamente forçosa, em virtude de a norma contida no nº 1 do artigo 9º do Código do Registo Predial se aplicar, indistintamente, qualquer que seja a natureza do facto registável de que beneficia o transmitente ou o autor da oneração.

II) O que já se afigura mais duvidoso, apesar de se tratar de uma afirmação recorrente na doutrina<sup>120</sup> e na jurisprudência<sup>121</sup> nacionais, é que a aquisição por usucapião prevaleça sempre sobre o registo de facto incompatível com essa usucapião de que outra pessoa beneficie.

Usualmente, tal afirmação funda-se tanto no facto de o registo de aquisição por usucapião ter efeito enunciativo, como no facto de a posse, (que subjaz à usucapião), valer mais do que o registo por força do disposto, por exemplo, no artigo 1268º.

Crê-se que, na verdade, do disposto no nº 1 do artigo 1268º se pode retirar que a posse vale mais do que o registo quando seja anterior ou exacta-

<sup>120</sup> Oliveira Ascensão, *Efeitos substantivos do Registo Predial na ordem jurídica portuguesa*, ROA, I-IV, 1974, págs. 42 a 45; Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, (cadernos de ciência e técnica fiscal, Lisboa, 1979), pág. 392, e *Direitos Reais – sumários*, (Lisboa, AAFDL, 2000), pág. 95; Galvão Telles, *Registo de acção judicial (sua relevância processual e substantiva)*, in O Direito, ano 124º, 1992, pág. 509. Cfr., igualmente no mesmo sentido, o Acórdão do STJ de 04/04/2002, anotado por Teixeira de Sousa, Cadernos de Direito Privado, nº2, 2003, págs. 53 a 63, e Lebre de Freitas, *A penhora de bens na posse de terceiro*, ROA, ano 52, 1992, II, pág. 322), no caso de colisão entre credor exequente que regista penhora sobre coisa relativamente à qual terceiro está em condições de invocar usucapião. Contra, (ao menos quando os prazos para efeitos de usucapião tenham sido cumpridos através da acessão de tempos possessórios – artigo 1256º do Cód.Civil), Antunes Varela – Henrique Mesquita, *Anotação ao Acórdão do STJ de 03/06/1992*, in Regesta, ano XV, nº4, págs. 59 a 63.

<sup>121</sup> Cfr. o Acórdão do STJ de 10/07/1979: I. *A presunção de propriedade resultante do artigo 8 do Código do Registo Predial é ilidível por prova em contrário, contra ela prevalecendo a usucapião ou prescrição aquisitiva*. II. *Mas, uma posse em nome próprio não é compatível com a circunstância de o possuidor, a quando da actualização das matrizes, ter indicado quem constava do registo como dono dos prédios que assinou a respectiva declaração, tendo sido também este quem veio a incluí-lo na declaração do imposto complementar*. Cfr. igualmente o Acórdão da Relação do Porto de 25/06/2002: *A aquisição de um prédio, por arrematação em hasta pública, em processo de execução, devidamente registada a favor do comprador, não pode opor-se à aquisição anteriormente efectuada por usucapião por terceira pessoa ainda que não registada*. Ou ainda o Acórdão da Relação de Lisboa de 07/12/2000: II. *A presunção de propriedade resultante do registo predial baseado em sentença de justificação de posse e escritura de justificação de usucapião (artigo 7º do Código do Registo Predial) cede perante sentença de aquisição por usucapião a favor de terceiro*.

mente da mesma data que esse registo. Ao invés, se a posse for posterior ao registo, vale mais este, dado que a presunção de titularidade que lhe está associada prevalece.

Mas para o que ora está em causa, daqui poderá retirar-se, no máximo, que a usucapião somente superará o registo de facto conflituante quando a posse que lhe serve de fundamento seja anterior ou, na pior das hipóteses, contemporânea desse registo.

Acresce que, por muita publicidade que espontaneamente esteja associada à posse, (artigo 1262º), raramente, (para não dizer nunca), conseguirá esta ultrapassar o âmbito de publicidade associada ao registo, quanto mais não seja por este existir especificamente para dar a conhecer, ao passo que a posse dá a conhecer, e de forma muito restrita, apenas marginal e ocasionalmente.

Há, no entanto, um forte argumento de sentido contrário: é que a usucapião se baseia numa posse *efectivamente* exercida ao longo do prazo exigido para que aquela possa ser invocada<sup>122</sup>. Ora, neste pressuposto, pode justificar-se a prevalência da usucapião sobre o registo de facto incompatível uma vez que foi o possuidor que promoveu, ao longo do prazo da usucapião, o aproveitamento económico da coisa possuída e, por isso, merece que se lhe conceda o direito em causa, especialmente perante aquela pessoa que, beneficiando de registo a seu favor, nem sequer tem a coisa em seu poder.

Todavia, do ponto de vista publicitário, ou seja, na perspectiva do público em geral, (que é o que importa quando se considera a situação de terceiros), sustentar a prevalência da aquisição por usucapião sobre a aquisição registada a favor de outrem implica afirmar o maior valor relativo da publicidade derivada da posse quando comparada com a publicidade derivada do registo.

O problema não pode, porém, colocar-se em termos que suponham uma comparação entre o *valor relativo* da realidade registal e o da realidade extra-registal, pois, caso contrário, qualquer situação de infidelidade do registo perante a realidade extra-registal assim deveria ser equacionada.

Se, por exemplo, *A*, tem, sobre o imóvel *x*, registo de aquisição a seu favor, por compra, e vende a *B*, o qual regista a sua compra, poderá este último ser atingido pela demonstração de que *C*, possuidor do referido imóvel, já invocou usucapião ou está em condições de a invocar a seu favor, não obstante a não tenha ainda inscrito?

É verdade que, em casos deste género, a posse daquele que invoca ou invocou a usucapião poderá, em geral, impedir, por sua vez, a invocação de boa fé por parte daquele que adquire a partir do titular registal e que regista tal aquisição.

Mas, será impossível que essa boa fé exista?

---

<sup>122</sup> Nem faria sentido de outro modo, pois, caso contrário, chegar-se-ia ao ponto de o não exercício de um direito – a posse – poder conduzir à aquisição de outro direito, em vez de conduzir à extinção – por prescrição, caducidade ou não uso – daquele direito que não se exerce, como seria normal, (Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, págs. 297 a 299).

Imagine-se, no exemplo de há pouco, que *B*, em vez de comprar a propriedade, beneficiou da constituição de uma hipoteca a partir de um contrato celebrado com *A*, sem que, no momento do registo de constituição dessa hipoteca, *C* já tivesse registado a sua aquisição por usucapião. Fará sentido, numa hipótese destas, preterir aquele que adquiriu a partir do titular registal a favor daquele que beneficia da usucapião, quando, por comparação, goza de muito maior cognoscibilidade a provável titularidade de *A*, proprietário segundo o registo, do que a de *C*, titular por via da posse e da consequente usucapião?

III) Há sistemas de registo predial, como o espanhol, onde a instituição está particularmente desenvolvida, em que a usucapião relativa a coisas registráveis só pode dar-se mediante o decurso de um prazo especialmente alargado e, aspecto mais importante, desde que o possuidor tenha inscrição a seu favor posterior àquela contra cujo beneficiário se invoca a usucapião, (artigo 1949 do Código Civil Espanhol; artigo 35 da Ley Hipotecaria<sup>123</sup>). O que significa, bem vistas as coisas, que não basta a usucapião; é também necessário que a posse correspondente tenha sido exercida *secundum tabulas*.

E, contra aquele que beneficie do efeito atributivo do registo, a usucapião só pode dar-se em condições ainda mais particulares, (artigo 36 da Ley Hipotecaria), que supõem, entre outros requisitos, “que el adquirente”, (o beneficiário do efeito atributivo), “conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente”<sup>124, 125</sup>.

Outros sistemas jurídicos há que nem sequer admitem tal hipótese. É caso de todos aqueles que concedem ao registo predial efeito constitutivo, como o alemão, nos quais apenas se admite a usucapião *secundum tabulas*<sup>126</sup> e mediante o decurso de um prazo para o efeito relativamente longo, (§ 900 do Código Civil Alemão<sup>127</sup>).

<sup>123</sup> Sobre o modo como se deve proceder à conjugação entre as duas disposições, ver Roca I Trias, *La usucapión*, in *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* de López y López – Montés Penadés, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994), págs. 222 a 224.

<sup>124</sup> Segundo Castán Tobeñas, (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, vol. I, págs. 393/394), a “Ley ha pretendido resolver, con una solución armónica, las dudas y dificultades que ofrece esta clase de usucapión. Aceptarla sin reservas (...) supondría abrir una peligrosa brecha en el sistema; pero su inadmisión equivaldría al mantenimiento de una situación ficticia y de una completa discordancia entre el Registro y la verdad extrarregistral”.

<sup>125</sup> Para a distinção entre as diversas hipóteses contempladas pelo artigo 36 da Ley Hipotecaria ver, de novo, Roca I Trias, *La usucapión*, in *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* de López y López – Montés Penadés, págs. 225 a 228.

<sup>126</sup> Aliás, na doutrina registal afirma-se mesmo um princípio de *limitación de la usucapión «contra tabulas»*, (García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Madrid, Civitas, 1988, págs. 545/546).

<sup>127</sup> Wolf – Raiser, *Sachenrecht*, trad.esp., vol.I, pág. 314, ou J.W.Hedemann, *Sachenrecht*, trad.esp., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 133/134.



IV) O que está em causa não é, sublinha-se, a colisão entre o titular extra-registal e o usucapiente<sup>128</sup>, mas a colisão entre aquele que adquire a partir do titular registal e regista, (ou seja, o *terceiro registal*), e o usucapiente sem registo de aquisição (por usucapião) anterior<sup>129</sup>.

O disposto no n.º 2/a) do artigo 5.º do Código do Registo Predial, por contraposição com o respectivo n.º 1, contém um argumento de peso no sentido de que, nesta colisão, a usucapião deve prevalecer – a usucapião é um facto que produz efeitos contra terceiros independentemente de registo.

V) O que faz sentido.

Se a usucapião só pode ser invocada no pressuposto de que a posse de que é efeito foi exercida publicamente, (artigos 1297.º e 1300.º/n.º 1), isso significa que a respectiva existência pode, (ou podia), ser conhecida pelos *interessados*, (artigo 1262.º).

O adquirente a partir do titular registal, (ou seja, o *terceiro registal*), é manifestamente um *interessado* para efeitos do disposto no artigo 1262.º. Por isso, das duas, uma: ou o *terceiro registal* podia ter tido conhecimento<sup>130</sup> da posse do usucapiente, caso em que não há razão para ser protegido, uma vez que, (como adiante se dirá), a protecção do referido terceiro depende da sua boa fé; ou, ao invés, não podia tal posse ser conhecida pelo terceiro registal, caso em que a usucapião não poderá ser invocada ou, se já o foi, deverá ficar sem efeito<sup>131</sup>.

Afigura-se por isso que, em conclusão, tendo em conta que a posse só é pública se o seu *exercício* puder ser conhecido, (artigo 1262.º), ou se, pelo menos, a sua *existência* puder ser conhecida através do registo, (artigo 1295.º), quando alguém tenha beneficiado de um qualquer facto aquisitivo que se funde em registo em vigor a favor do transmitente/onerante não possuidor, dever-se-á dar prevalência ao possuidor que invoque a usucapião desde que:

- a sua (mera) posse tenha sido anteriormente registada, (artigo 1295.º);
- ou,

<sup>128</sup> “Frente a quien no tenga la consideración de tercero protegido pela fe publica, se entiende que la prescripción debe actuar con plena eficacia y según las normas del Derecho civil”, (Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, vol. I, pág. 394).

<sup>129</sup> Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, pág. 393.

<sup>130</sup> O artigo 1262.º impõe, como de resto é geralmente reconhecido, um ónus de diligência àqueles que para este efeito puderem ser havidos como *interessados*. A posse será, pois, susceptível de conhecimento desde que uma pessoa de normal diligência se pudesse ter apercebido da respectiva existência, (ver, por exemplo, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, pág. 286).

<sup>131</sup> “Un sistema hipotecario que hiciera prevalecer en todo caso la usucapición *contra tabulas* frente al tercero hipotecario, dejaría desarbolada la seguridad jurídica del tráfico y no sería un buen sistema hipotecario.

Hay que tener en cuenta que tanto la usucapición como la publicidad registral tienen como base proporcionar la seguridad jurídica. Por eso, la solución del conflicto entre ambas instituciones ha de hacerse teniendo en cuenta una serie de consideraciones, sin que se pueda pretender que prevalezca en todo o caso una sobre la otra”, (García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, pág. 545).

- desde que, como se diz no artigo 36 da Ley Hipotecaria, o adquirente a partir do titular registal devesse conhecer, no momento da aquisição, que a coisa à qual o facto que o beneficia se refere estava na posse de terceiro usucapiente, (ou seja, desde que tal posse seja pública nos termos gerais do artigo 1262<sup>132</sup>).

Caso contrário, deverá prevalecer o adquirente a partir do titular registal, ou seja, o *terceiro registal*.

## Áreas urbanas de génese ilegal

### 3. Breve descrição

I) O parcelamento de terrenos com potencial edificativo e a subsequente realização de actos de edificação não é, em Portugal, um puro exercício da liberdade individual desde que, pelo menos, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 46.673, de 29 de Novembro de 1965, mas, mais acentuadamente, com a publicação do Decreto-Lei nº 289/73 de 6 de Junho. Em ambos se fazia já a exigência de intervenção do Estado, através do competente licenciamento municipal prévio, para que ditas operações se tornassem legalmente admissíveis.

Sucede que, por razões múltiplas e variadas, ainda que todas entronquem numa deficiência congénita para cumprir e para fazer cumprir a lei, particularmente condenável quando estão em causa relevantes interesses comunitários, o referido diploma revelou-se relativamente pouco eficaz. Quer dizer, por outras palavras, que continuaram a ocorrer, frequentemente, actos de parcelamento de terrenos com potencial edificativo, assim como continuaram a ocorrer actos de edificação, sem o competente licenciamento. A este fenómeno se convencionou dar a designação de loteamento clandestino ou construção clandestina.

Sucede que o referido fenómeno assumiu proporções socialmente tão relevantes, especialmente nas zonas metropolitanas de Lisboa e Porto, (ainda que na verdade se tenha espalhado por todo o país)<sup>133</sup>, que a aplicação das consequências legalmente determinadas para a falta do licenciamento em causa tornou-se politicamente inconveniente.

---

<sup>132</sup> Deste entendimento decorre, o que se afigura inteiramente acertado, que a posse para efeitos de usucapião deva ter sido publicamente *exercida*, (artigo 1262º do Cód.Civil), durante todo o prazo exigido para que a usucapião possa ser invocada. Mas, do mesmo entendimento decorre também que, invocada a usucapião, se o correspondente registo não tiver sido efectuado, ou a posse se mantém pública, ou então deverá continuar a prevalecer o adquirente a partir do titular registal.

<sup>133</sup> Segundo dados da DGOTDU, em Abril de 2003 existiriam, em todo o país, cerca de 960 AUGI's delimitadas. E é preciso notar que nem todas as Câmaras Municipais responderam ao inquérito organizado pela DGOTDU e que certamente não foram já delimitados todos os loteamentos clandestinos susceptíveis de se subsumirem ao regime AUGI.

II) Porém, a manutenção dos referidos loteamentos na clandestinidade, ou seja, na ilegalidade, teria graves implicações sociais – desde a inexistência ou a debilidade de infra-estruturas básicas até às dificuldades que tal fazia surgir ao nível do próprio planeamento urbanístico.

Assim se justifica o aparecimento da Lei nº 91/95, de 2 de Setembro, a qual, pela primeira vez, criou uma regulamentação específica para os citados loteamentos clandestinos especialmente destinada a *legalizá-los*.

A verdade, no entanto, é que, por definição, tais loteamentos estavam feitos, assim como as construções neles existentes estavam concluídas na sua larga maioria. O que quer dizer que aquela regulamentação legal jamais poderia ter carácter draconiano. E, na verdade, ela constituiu sobretudo o reconhecimento de múltiplas situações de facto criadas e consolidadas. Os próprios loteadores e, principalmente, os construtores clandestinos eram já titulares de legítimas expectativas relativas à manutenção daquelas situações.

Aliás, não só o diploma em causa se limita praticamente ao reconhecimento das situações urbanísticas de facto entretanto criadas, como logo resulta da definição constante do número 1 do seu artigo 1º<sup>134</sup>, como para vários efeitos impõe o dever de reconversão urbanística (artigo 3º) *na medida do possível* (conferir, por exemplo, o disposto nos artigos 6º, 37º, 46º ou 50º).

### 3.1. Requisitos básicos de aplicação do regime AUGI

I) Para que um prédio ou conjunto de prédios possa ser havido como AUGI é necessário que esteja em determinadas condições, as quais, no essencial, aparecem estabelecidas no nº2 do artigo 1º da Lei 91/95<sup>135</sup>. A saber:

- que se trate de um único prédio ou que, tratando-se de um conjunto de prédios, estes sejam contíguos;
- que inexista licença de loteamento;
- que o referido prédio ou prédios tenham sido objecto de actos materiais de parcelamento ou fraccionamento;
- que esse parcelamento tenha sido realizado para efeitos de edificação predial;
- que o mesmo parcelamento tenha ocorrido antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 400/84, de 31 de Dezembro;

<sup>134</sup> “A presente lei estabelece o regime excepcional para a reconversão urbanística das áreas urbanas de génese ilegal (AUGI)”.

<sup>135</sup> Nos termos do nº 1 do artigo 4º da Lei nº 91/95, o processo de reconversão pode ser organizado:

- a) Como operação de loteamento da iniciativa dos proprietários ou comproprietários;
- b) Como operação de loteamento ou mediante plano de pormenor da iniciativa da respectiva câmara municipal.



- que o PMOT tenha classificado o prédio ou prédios em causa como espaço urbano ou urbanizável<sup>136</sup>.

Na determinação do âmbito de aplicação do regime AUGI, o aspecto mais marcante reside no facto de, apesar da inexistência de licença de loteamento, se tenha ainda assim parcelado o terreno e, na sequência, edificado sobre cada um dos lotes resultantes do fraccionamento.

Como só excepcionalmente, quando de todo não seja juridicamente viável outra solução, devem as construções erigidas ser demolidas<sup>137</sup>, daqui se deve concluir que a aplicação do regime AUGI consiste essencialmente na aplicação de uma “capa jurídica” à situação factual previamente criada e consolidada.

A aplicação do regime AUGI destina-se, na essência, a legitimar uma certa factualidade originariamente ilícita, adaptando-a, na medida do exigível, mas também na medida do razoavelmente possível<sup>138</sup>, aos parâmetros urbanísticos gerais<sup>139</sup>. Salvaguardas as devidas distâncias, trata-se, pois, de um fenómeno que apresenta algumas semelhanças com a usucapião – trata-se sempre da transmutação de uma situação originariamente ilícita numa situação juridicamente admissível através da consolidação daquela e para tutela das expectativas entretanto geradas.

#### 4. Efeitos

I) A Lei nº 91/95 assinala muito particularmente um efeito decorrente da submissão de um prédio ou conjunto de prédios ao regime AUGI: daí resulta, na verdade, para os possuidores de lotes envolvidos, o chamado *dever de reconversão*. O que, nos termos do respectivo artigo 3º, significa que,

1 – *A reconversão urbanística do solo e a legalização das construções integradas em AUGI constituem dever dos respectivos proprietários ou comproprietários.*

E que

2 – *O dever de reconversão inclui o dever de conformar os prédios que integram a AUGI com o alvará de loteamento ou com o plano de pormenor de reconversão, nos termos e prazos a estabelecer pela câmara municipal.*

Pretende-se certamente vincar que, apesar das facilidades que se concedem para a legitimação do facto consumado, as adaptações mínimas exigidas formam o conteúdo de um *dever* imposto àqueles que beneficiam do regime especialmente favorável estabelecido pela Lei nº 91/95.

<sup>136</sup> É ainda assim possível a reconversão urbanística ao abrigo do regime AUGI, mesmo que o prédio ou conjunto de prédios só parcialmente esteja integrado em solo urbano ou urbanizável, se as condições exigidas pelo artigo 5º da referida Lei estiverem preenchidas. O que, mais uma vez, manifesta que a referida reconversão se faz *na medida do possível*.

<sup>137</sup> Artigos 5º, 6º e 7º da Lei nº 91/95.

<sup>138</sup> Existem, aliás, soluções legislativas paralelas. É o que sucede, por exemplo, com as chamadas *construções irregulares* em terrenos baldios (artigo 39º, nº1 e nº2, Lei nº 68/93, de 4 de Setembro).

<sup>139</sup> Tanto que até “*é sempre dispensada a apresentação de estudo de impacte ambiental*” (artigo 18º/ nº4 da Lei nº 91/95).

II) Há, todavia, um importante efeito resultante da concessão do alvará de loteamento ou da aprovação do plano de pormenor (artigo 4º da Lei nº 91/95) que não aparece literalmente expresso: é que qualquer dos referidos títulos consagra juridicamente uma determinada ocupação do solo até então realizada.

Tanto o alvará de loteamento como o plano de pormenor em causa, (ou seja, no dizer da lei, o título de reconversão), deverão, na medida do possível, adoptar o fraccionamento predial existente (artigos 18º/nº1/d)/f) e 24º/nº 5). Assume-se, por outras palavras, que a utilização predial factualmente pré-constituída fundamenta certas expectativas que o título de reconversão, até onde possível for, deverá respeitar (artigos 24º/nº3/c) e 31º/nº1/b)). O que se acentua muito particularmente quando seja possível e se pretenda a posterior<sup>140</sup> divisão dos lotes através do chamado *acordo de uso* (artigo 37º da Lei nº 91/95).

III) A emissão do título de reconversão assemelha-se, quanto aos efeitos, à obtenção do documento autêntico (escritura pública ou decisão judicial) que formaliza a invocação da usucapião constitutiva de um edifício ou conjunto imobiliário em regime de propriedade horizontal (artigo 1417º/nº1).

Em qualquer caso, a utilização predial factualmente pré-constituída fica juridicamente legitimada, para o passado e para o futuro, como facto consumado.

Desde que, evidentemente, num caso e noutro, certos requisitos materiais e/ou jurídicos, de natureza essencialmente urbanística, sejam ou estejam verificados.

#### IV) *Possessio plurimum facti habet* (Papiniano, D.4.6.19).

De facto, a situação daqueles que edificaram ou pretendem edificar sobre as parcelas resultantes do loteamento não autorizado submetido ao regime AUGI é de posse: sobre algum lote – aquele que já delimitaram e/ou sobre o qual já construíram – ou sobre a totalidade do prédio abrangido pela declaração de AUGI, no caso contrário.

É claro porém que, tanto na primeira como na segunda hipótese, a sujeição ao regime AUGI apenas produz o efeito consistente na obtenção de permissão para o loteamento pré-planeado e/ou pré-executado.

Pelo que, portanto, perante a usucapião constitutiva da propriedade horizontal, a aplicação do regime AUGI apresenta, ao menos, a seguinte diferença.

A invocação da usucapião constitutiva da propriedade horizontal opera dois efeitos sucessivos concomitantemente: coloca o edifício ou conjunto imobiliário em regime de propriedade horizontal, parcelando-o juridicamente em fracções autónomas, e atribui aos possuidores, agora condóminos, a propriedade relativa à fracção autónoma sobre a qual cada um exerceu a respectiva posse.

<sup>140</sup> Na verdade, de harmonia com o disposto no artigo 2º/nº 2 da Lei 91/95, “o direito de exigir a divisão só pode ser exercido após a emissão do respectivo título de reconversão”.

Ao invés, a obtenção do título de reconversão AUGI apenas produz o parcelamento jurídico do terreno, originando o número de lotes administrativamente aprovado. Por isso, de acordo com a regra *nemo invitus compellitur ad communionem* (Ulpiano, D.12.6.26.4), a posterior distribuição destes por cada um dos possuidores envolvidos depende de um acto de divisão, (como sucede, de resto, em qualquer situação de compropriedade de harmonia com o estabelecido nos artigos 1412º e 1413º, ainda que com as especialidades decorrentes da aplicação do disposto nos artigos 36º a 44º da Lei nº 91/95).

Todavia, o que importa salientar é que, com maior ou menor número de requisitos, a reconversão urbanística operada, ao abrigo do regime AUGI, através da emissão do plano de pormenor ou do alvará de loteamento produz o reconhecimento jurídico da situação meramente factual até então existente. Situação essa que, enquanto um dos referidos títulos não se obtém, tem carácter ilícito e que, depois, se legitima tal e qual como essencialmente se pré-constituiu – *quantum possessum tantum praescriptum*. Que é exactamente o que sucede em qualquer situação possessória susceptível de conduzir à usucapião.

V) Há ainda uma outra diferença entre a usucapião constitutiva de propriedade horizontal e o reconhecimento da situação de facto resultante da aplicação do regime AUGI.

É que aquela não se limita a reconhecer a utilização predial pré-existente, pois também sana eventuais vícios relativos à titularidade sobre o edifício ou conjunto imobiliário em causa. O que se explica em virtude de a usucapião pressupor o decurso de um determinado prazo (longo), dentro do qual os legítimos titulares poderiam ter reagido contra a situação possessória adversamente constituída – é pois a *inércia* destes que, em última análise, justifica a extraordinária eficácia da usucapião.

Ao invés, a emissão do título de reconversão ao abrigo do regime AUGI não pressupõe o decurso de qualquer lapso temporal rigidamente fixado. Mas o decurso de algum lapso temporal há-de supor; e, habitualmente, bastante longo<sup>141</sup>. De facto, caso contrário, como se poderia retirar a conclusão de ter ocorrido, até à data em que se inicia o processo de reconversão urbanística, uma pré-utilização predial factualmente consolidada?

De todo o modo, como o lapso temporal capaz de justificar a constituição de legítimas expectativas a favor dos possuidores do prédio ilegalmente loteado não é, nem há razão para que seja, aquele que a lei exige para efeitos de usucapião, é factível que aqueles que conseguiram o reconhecimento jurídico da utilização predial pré-existente possam não ser, em simultâneo, os legítimos titulares do prédio relativamente ao qual foi emitido o referido título de recon-

<sup>141</sup> Aliás, neste momento, os inúmeros loteamentos clandestinos espalhados pelo país que ainda não foram objecto do processo AUGI de reconversão já estão nessas circunstâncias há mais de vinte anos, atento o disposto no nº 2 do artigo 1º da Lei 91/95.

versão<sup>142</sup>. Caso em que, quem o for, poderá reivindicar o prédio e aproveitar (ou não) os efeitos da aplicação do regime AUGI. Evidentemente sem prejuízo, de que, em concomitância casual, tenham já decorrido os prazos gerais da usucapião (artigos 1294º a 1296º) a favor dos possuidores dos lotes ilegalmente obtidos, hipótese perante a qual a respectiva titularidade, como comproprietários, ficará salvaguardada (artigo 1313º).

## 5. Conclusão

Deve entender-se, assim, que o regime AUGI se enquadra como uma espécie particular dentro do instituto mais geral da protecção de expectativas fundadas em, (ou geradas por), situações de facto consolidadas. E a prova dessa consolidação está essencialmente ligada à prova do decurso do tempo: a situação em causa estará tanto mais consolidada quanto mais tempo tiver durado (o que é até uma asserção justificada pelo senso comum). E a falta do decurso desse tempo muito dificilmente autorizará o surgimento de *legítimas* expectativas.

Ao lado, por exemplo, da usucapião, da prescrição ou da caducidade, o regime AUGI constitui assim (mais) um instituto destinado à satisfação da necessidade de estabilização da vida jurídica, que assenta fundamentalmente na manutenção de uma situação meramente factual capaz de gerar expectativas de tutela ou de reconhecimento jurídico <sup>143</sup>.

Tais expectativas constituem o corolário, por um lado, da necessidade de respeitar factos consumados e de, na sequência, respeitar riqueza económica entretanto criada. Por outro, e talvez mais significativamente, são o resultado do dever de dar execução ao programa constitucional implícito no reconhecimento do *direito à habitação* (artigo 65º, Constituição R.P.).

<sup>142</sup> Apesar dos cuidados que a lei pôs na instrução do processo dirigido à reconversão, exigindo-se, designadamente, a apresentação das competentes certidões do registo predial que legitimem a pretensão dos requerentes (artigo 18º/nº1/a), Lei nº 91/95), a possibilidade de a presunção assente no registo (artigo 7º, Cód.Reg.Predial) não se harmonizar com a realidade extra-registal deve ser considerada uma vez que tem natureza *juris tantum* (artigo 350º/nº2).

<sup>143</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, págs. 749/750.

