

Faculdade de Direito – Universidade Nova de Lisboa

Ano letivo 2016/2017

3º ano - 1º semestre

Direitos Reais

Professor Pedro Caetano Nunes

1.	Introdução.....	6
1.1	Noção de Direitos Reais	6
1.2.	Nota geral sobre a disciplina	7
1.3.	As várias concepções de direito real e as espécies da figura	7
1.3.2.	As subcategorias de direitos reais e os seus conteúdos	7
1.3.3.	A distinção entre direitos reais e direitos de crédito.....	9
1.4.	Características comuns dos direitos reais	10
2.	Os direitos reais de gozo.....	11
2.1.	O direito de propriedade	11
2.1.1.	Aspetos gerais.....	11
2.1.1.1.	A noção de propriedade	11
2.1.1.2	Características do direito de propriedade.....	12
2.1.1.3.	Modos de aquisição da propriedade.....	12
2.1.1.4.	Modos de extinção de propriedade.....	13
2.1.1.5.	A transmissão de propriedade intervivos.....	14
2.1.1.5.1	As aquisições a non domino.....	14
2.1.1.6.	A compropriedade	14
2.1.1.6.1	Aspetos do regime.....	15
2.1.1.6.2.	Outras situações de contitularidade	16
2.1.1.6.3.	Comunhão românica vs. Comunhão germânica (mão comum).....	17
2.1.1.7	A defesa da propriedade	17
2.1.1.8.	Expropriação, confisco, nacionalização e requisição como potenciais limitações ao direito de propriedade.....	17
2.1.2.	Aspetos específicos do direito de propriedade sobre prédios.....	18
2.1.2.1.	Noções civilísticas e fiscais de prédio, prédio rústico e prédio urbano.....	18
2.1.2.2.	Extensão espacial do direito de propriedade	18
2.1.2.3.	Ius aedificandi	19
2.1.2.4.	Relações de vizinhança.....	20
2.1.2.5.	Acessão imobiliária	22
2.1.2.6.	Atravessadouros e caminhos públicos	24
2.1.2.7.	Fracionamento e emparcelamento de prédios rústicos.....	25
2.1.2.8.	A propriedade horizontal.....	25
2.1.2.8.1.	Âmbito de aplicação	25
2.1.2.8.2.	As partes comuns do prédio – 1421º	26
2.1.2.8.3.	Título constitutivo e regulamento - 1418º.....	26
2.1.2.8.4.	Natureza do direito de condomínio	27
2.1.2.8.5.	Constituição da propriedade horizontal	28
2.1.2.8.6.	A posição jurídica do condómino	29

2.1.2.8.7.	As obras inovadoras	30
2.1.2.8.8.	Alterações do título constitutivo	30
2.1.2.8.9.	Administração do condomínio	30
2.1.2.8.10.	A natureza jurídica do condomínio	33
2.1.2.8.11.	Outras formas de organização da propriedade coletiva privada	33
2.1.2.9.	O registo predial	33
2.1.2.9.1.	Fins e objeto do registo predial.....	34
2.1.2.9.2.	Princípios orgânicos.....	34
2.1.2.9.3.	Princípios funcionais do sistema português.....	35
2.1.2.9.4.	Factos sujeitos a registo.....	37
2.1.2.9.5.	Efeitos do registo predial	38
2.1.2.9.5.1.	Efeitos da oponibilidade a terceiro.....	39
2.1.3.	A propriedade sobre as águas	41
2.1.3.1	Regime das águas.....	41
2.1.4.	A propriedade sobre móveis.....	42
2.1.4.1.	Modalidades de aquisição	42
2.1.4.1.1.	A ocupação.....	42
2.1.4.1.2.	A acessão mobiliária	42
2.1.4.1.3.	A transmissão.....	43
2.1.4.1.	Registo de coisas móveis	43
2.1.5.	A propriedade fiduciária.....	44
2.2.	O direito de usufruto	45
2.2.1.	Modos de constituição	47
2.2.2.	Direitos e deveres do usufrutuário	47
2.2.3.	Natureza do usufruto de direitos.....	48
2.2.4.	Modos de extinção.....	48
2.3.	Direito de uso e de habitação.....	48
2.4.	Direito de superfície.....	49
2.4.1.	Objetos possíveis	50
2.4.2.	Coexistência com o direito de propriedade	51
2.4.3.	Possibilidade de transmissão e de oneração.....	51
2.4.4.	Direito de superfície e propriedade horizontal.....	51
2.4.5.	Constituição do direito de superfície	51
2.4.6.	Direitos e obrigações do superficiário.....	52
2.4.7.	Extinção do direito de superfície	52
2.5.	As servidões prediais.....	53
2.5.1.	Características.....	54
2.5.2.	Tipos de servidão	54

2.5.3.	Modalidades	55
2.5.4.	Modos de constituição	55
2.5.5.	Direitos e obrigações do titular do prédio dominante	56
2.5.6.	Extinção	56
2.6.	O Direito real de habitação periódica	57
2.6.1.	Características.....	58
2.6.2.	Modos de constituição	58
2.6.3.	Direitos e Obrigações dos titulares de DRHP	58
2.6.4.	Transmissão e oneração	59
2.6.5.	Extinção	59
2.6.6.	Natureza	59
2.7.	Direitos reais de gozo abolidos.....	60
3.	Os direitos reais de garantia	60
3.1.	Classificações.....	61
3.2.	A hipoteca	62
3.2.1.	Regime comum	62
3.2.2.	Regime específico	65
3.2.3.	Extinção da hipoteca	65
3.3.	O penhor	65
3.3.1.	Regras do regime comum.....	67
3.3.2.	Regimes especiais de penhor.....	67
3.3.3.	Modos de extinção	68
3.4.	Consignação de rendimentos	68
3.4.1.	Modos de constituição	68
3.4.2.	Posse dos bens.....	68
3.4.3.	Obrigações garantidas.....	69
3.4.4.	Modus operandi.....	69
3.4.5.	Remissões para a hipoteca	69
3.4.6.	Conclusões.....	70
3.5.	Privilégios creditórios.....	70
3.5.1.	Espécies	70
3.5.1.1.	Exemplos.....	71
3.5.2.	Regime.....	71
3.5.3.	Natureza jurídica.....	72
3.6.	Direito de retenção.....	72
3.6.1.	Aspetos gerais.....	73
3.6.2.	Pressupostos positivos e negativos	73
3.6.3.	Principais situações de relevância	74

3.6.4. Modos de extinção	76
3.7. A penhora.....	76
3.7.1. Natureza jurídica.....	77
3.8. O arresto	77
3.9. A propriedade com função de garantia	77
4. Os direitos reais de aquisição	79
4.1. Direito real de preferência e contrato-promessa com eficácia real.....	80
4.1.1. O direito de preferência do comproprietário	81
4.1.2. Regime.....	81
4.1.3. A promessa de alienação com eficácia real.....	81
4.2. Reserva de propriedade e Locação financeira.....	81
4.3. A posse	82
4.3.1. Concessões doutrinárias da posse.....	83
4.3.2. Posse e detenção	84
4.3.3. Modos de aquisição	84
4.3.4. Modos de perda	85
4.3.5. Conteúdo da posse.....	85
4.3.6. Modalidades da posse.....	86
4.3.7. A defesa da posse.....	86
4.3.8. A presunção de titularidade da posse	87
4.3.9. A usucapião ou prescrição aquisitiva	87
4.3.9.1. Prazos da usucapião	88
4.3.9.2. Direito a usucapir como um direito potestativo	88
4.3.10. A extensão do regime da posse	89
4.3.11. Extensão do regime da posse	89
5. A constituição e os Direitos reais	90
6. Análise de acórdãos.....	91
7. Casos práticos	93

1. Introdução

1.1 Noção de Direitos Reais

As definições são conjuntos de características. Os direitos reais são uma modalidade de direitos subjetivos com quatro características:

- Natureza privada
- Caráter absoluto
- Patrimonialidade
- Objeto consistente em coisas corpóreas

A ideia de **direito subjetivo** relaciona-se com a permissão normativa e aproveitação de um bem (Menezes Cordeiro). O direito é um conjunto de normas e princípios que geram direitos e deveres.

Em lógica deôntica (dever-ser) temos: obrigação, proibição, permissão positiva e permissão negativa. Há uma lógica de dever-ser que tem estas quatro categorias. Quando uma pessoa tem ao mesmo tempo uma permissão positiva e negativa, diz-se que tem uma permissão bilateral ou uma liberdade. Esta questão reporta-se à filosofia, verifique-se o direito.

Em direito temos o dever jurídico (obrigação e permissão) e o direito subjetivo (permissão positiva e negativa). O direito subjetivo corresponde, então, no ponto de vista filosófico a uma liberdade/permissão liberal. As normas jurídicas permitem ou não fazer algo consoante o livre arbítrio. Por outro lado, quando estamos perante um dever jurídico, podemos estar perante a obrigação ou a proibição.

Se da interpretação da norma jurídica resultar que a pessoa tem uma permissão bilateral, então tem um direito subjetivo.

Em lógica moral, temos a possibilidade e a sujeição, que se equiparam, em termos de direito ao poder jurídico e à sujeição jurídica.

Os direitos subjetivos envolvem poderes, apesar de o poder não estar sempre envolvido com os direitos subjetivos. Também podem estar ao lado de deveres jurídicos, daí que tenham de ser autonomizados.

A natureza privada

A distinção entre direito privado e direito público pode ser feita segundo vários critérios:

- **Critério do interesse** - o direito público prossegue interesses comuns e o privado direitos privados;
- **Critério da posição do sujeito** – no direito privado existe igualdade formal, enquanto no direito público existe sempre uma desigualdade formal (os particulares ficam sempre numa situação de inferioridade formal)

Os direitos reais são direitos subjetivos com igualdade formal. Os publicistas falam de propriedade pública, diferente da privada que se estuda em direitos reais. Apesar de estarmos a estudar o direito privado, no direito público existe o equivalente, mas com coloração pública.

Os direitos reais são limitados por normas de direito público. É o caso, por exemplo, do direito de construir.

O caráter absoluto

O caráter absoluto é o mesmo que a oponibilidade erga omnes – oponibilidade contra todos. Os direitos absolutos distinguem-se dos direitos relativos.

Os direitos subjetivos tanto podem ser absolutos como relativos. No direito relativo tem-se uma permissão face a outro. No direito absoluto tem-se uma permissão contra o resto da humanidade.

Quando há direitos absolutos fala-se de uma obrigação passiva universal. Apesar de isto, em rigor, ser incorreto. É uma expressão utilizada para enfatizar o caráter absoluto.

A Patrimonialidade

A patrimonialidade é a suscetibilidade de avaliação pecuniária. Esta característica visa distinguir os direitos reais dos direitos de personalidade.

Geralmente, há avaliação pecuniária quando há mercado de troca.

Objeto consistente em coisa corpórea

Por coisa corpórea entende-se a coisa que se revela aos sentidos.

1.2. Nota geral sobre a disciplina

A disciplina de direitos reais tem um enquadramento germânico no código civil: tem-se no Código Civil uma parte relacionada aos direitos reais que se distingue das demais.

Direitos reais é iguala direitos das coisas.

1.3. As várias concepções de direito real e as espécies da figura

É possível definir os direitos reais pelas suas características. Porém, isto não é suficiente para transmitir a noção de direito real. Como a categoria dos direitos reais se formou por precipitado histórico, há que aprofundar essa vertente e as concepções existente a seu respeito.

Corrente realista (clássica): Esta corrente entende um direito real como uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, isto é, como um poder de uma pessoa sobre uma coisa.

Com este enfoque, nos direitos de crédito, a satisfação do interesse do titular do direito dependeria de um comportamento de um sujeito (o devedor), enquanto nos direitos reais o titular poderia satisfazer o seu interesse mediante o exercício direto de poderes sobre um objeto, não necessitando da cooperação de qualquer outro sujeito.

Crítica: Não existem relações com objetos: a ideia de relação implica autoridade.

Corrente personalista: O direito real é caracterizado pela oponibilidade geral, isto é, pelo seu caráter absoluto.

Crítica: Desvaloriza os poderes perante a coisa. Ideia de que o direito real consiste numa relação com a universalidade, desvalorizando a relação que tenho com a coisa.

Corrente eclética: O conceito de direito real envolve um lado interno e um lado externo. O lado interno consiste num poder direto e imediato de uma pessoa sobre uma coisa, o lado externo consiste na oponibilidade erga omnes por essa pessoa desse poder.

Na doutrina portuguesa é de salientar Manuel Henrique Mesquita que assume a corrente eclética vincando mais o lado interno do que o externo.

Em contraponto, Rui Pinto Duarte vinca mais o lado externo. A ideia é q de que os poderes sobre uma coisa só têm caráter geral se tiverem oponibilidade. Nos direitos gerais de garantia, só faz sentido considerar que são direitos reais devido ao seu lado absoluto de caráter externo.

1.3.2. As subcategorias de direitos reais e os seus conteúdos

- **Direitos reais de gozo:** as coisas e os objetos são afetadas a que os seus titulares retirem dela utilidades, seja pelo seu uso, seja pela apropriação de frutos por elas produzidos.

Frutos naturais: maçãs, pêras... **Frutos civis:** rendas e rendimentos

Exemplos: propriedade, usufruto, direito de uso e habitação, servidão predial, servidão predial, direito real de habitação periódica.

- **Direitos reais de garantia:** As coisas objeto dos direitos são afetadas a que os seus titulares possam obter o cumprimento de uma obrigação, pelo valor dessas coisas ou pelos seus rendimentos, com preferência sobre os demais credores. Não se quer usar ou fruir, mas sim satisfazer o cumprimento de uma obrigação através do valor da coisa (venda), ou da obtenção dos seus rendimentos (arrendamento).

Exemplos: hipoteca, penhor, consignação de rendimentos, privilégios preditórios, direito de retenção, penhora e arresto.

O direito de propriedade pode também ser utilizado como função de garantia. Às vezes, na prática de negócios, pessoas obtêm a propriedade não para retirar gozo, mas só como garantia de satisfação do crédito.

- **Direitos reais de Aquisição:** Direitos cuja função é propiciar a possibilidade aos seus titulares de, em certas circunstâncias, adquirirem uma coisa determinada, com preferência sobre terceiros.

Exemplo: preferência real e promessa real de alienação.

Existe uma outra classificação entre direito de propriedade e direitos reais menores.

O direito de propriedade é tido como o direito real máximo (*plena in re potestas*), enquanto os outros direitos reais são tidos como figuras parcelares do direito de propriedade e coexistentes com o direito de propriedade que comprimem (*iura in re aliena*).

A ideia é a seguinte: eu sou proprietária, mas se ao mesmo tempo existir um usufrutuário, eu enquanto proprietária fico limitada.

Os direitos reais menores não deixam, porém, de ser direitos autónomos, nomeadamente na sua função jurídica. Deste modo, não deve ser vistos como meras desagregações de poderes compreendidos no direito de propriedade.

Outro tópico relevante é o das obrigações reais e dos ónus reais.

Para a maioria da doutrina, as obrigações reais e os ónus reais também constituem direitos reais, mas com um carácter de situação jurídica passiva.

A ideia é a de que muitos direitos reais compreendem e implicam posições jurídicas passivas. Por exemplo, é o caso do dever de contribuição para as despesas do dever de conservação do edifício (artigo 1424º). Estes deveres, por regra, enquadram-se numa situação jurídica obrigacional. Quando no meio de um estatuto de um direito real, surge uma situação jurídica obrigacional, a estas obrigações damos o nome de **obrigações reais**.

A lei não se refere a obrigações reais. Não as teoriza e, como tal, há flutuações doutrinárias quanto aos aspetos das obrigações reais. Discute-se se são obrigações reais os deveres de carácter positivo (imposições) ou também os deveres de carácter negativo (proibições).

- Há quem entenda que apenas estão inseridos os deveres de carácter positivo e não os de carácter negativo;
- Há quem entenda que só deveres que se fundem numa relação obrigacional entre credor e devedor é que são obrigações reais. Também podem existir direitos reais em relações que não obrigacionais (direitos de abstenção). Por exemplo, não posso construir um edifício na extrema do meu terreno se o telhado do meu edifício fizer correr água para o terreno do vizinho.

Dentro do tema das obrigações reais levanta-se a questão do carácter ambulatório ou não ambulatório das obrigações reais. Procura-se saber se as obrigações reais se transmitem acompanhando a transmissão da propriedade real.

Exemplo: A tem duas dívidas no condomínio. Vende a sua fração autónoma a B. As dívidas transmitem-se?

Tendencialmente, a doutrina diz que as obrigações reais não são ambulatórias, exceto no caso das obrigações *de facere* (de fazer).

Exemplo 1: O anterior proprietário construiu uma marquise, mas estas são proibidas. Assim, tem um dever perante todos os condóminos de a destruir e preservar o edifício. Este dever, de pôr as coisas como estavam, é um dever que surge na esfera do proprietário A. Porém, antes de o fazer, transmite a propriedade a B. Passa B a ter o dever de reparar a coisa? Sim, porque se trata de uma prestação *de facere* que é transmitida.

Um **ónus** consiste na adoção de um comportamento de modo a evitar uma desvantagem ou alcançar uma vantagem. A categoria básica do pensamento para um ónus é a necessidade: é necessário alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem

O ónus difere de um dever porque num dever tenho uma imposição normativa – ou sou obrigado a fazer algo, ou estou proibido de fazer algo -, enquanto no caso do ónus não há qualquer carácter proibitivo ou obrigacional.

Um **ónus real** consiste numa situação jurídica real em que uma coisa responde por uma obrigação mesmo após a sua transmissão.

Exemplo: (artigo 2118º) quando alguém morre, há um regime de quando alguém morre há um regime de sucessão imperativa e injuntiva (sucessão legitimária) e a sucessão não injuntiva (testamentária). Quem morre pode dispor de parte da sua herança. A parte de que não pode dispor é para os herdeiros legítimos. Só a outra parte é a quota disponível sobre a qual se pode testar. A quota disponível pode ser afetada através do testamento ou das doações durante a vida. Essas doações, na medida em que afetem a quota a que um herdeiro legitimário tem sempre direito são inoficiosas. Para que isto funcione, quando um pai doa a um filho um bem, fica registado um ónus real de colação, o que significa que apesar de um bem ter sido doado pelo pai A ao filho B, quando o A morrer, se for necessário para garantir a quota indisponível do irmão C, a doação perde efeito. Não há nenhum dever jurídico, mas há a possibilidade de este bem vir a ser entregue ao irmão C.

Imagine-se que o ónus de colação recai sobre um prédio que é comprado por D. O ónus continua a acompanhar o prédio, pelo que se for necessário satisfazer a quota indisponível do irmão C, D pode perder o prédio.

1.3.3. A distinção entre direitos reais e direitos de crédito

Consoante a conceção que tenhamos de direitos reais, diferentes vão ser as diferenças entre os direitos reais e os direitos de crédito.

Parta-se da conceção eclética que é a que tem maior aceitação nos dias de hoje. Das conceções ecléticas dominantes resultam como mais referidas as seguintes diferenças:

- **Lado externo** - o carácter absoluto dos direitos reais versus o carácter relativo dos direitos de crédito: aos direitos reais correspondem deveres de abstenção universais, ao passo que aos direitos de crédito corresponderiam deveres de pessoas determinadas.
- **Lado interno** – a imediação dos direitos reais versus a mediação dos direitos de crédito: os direitos reais consistiriam em poderes imediatos sobre coisas, ao passo que os direitos de crédito só mediadamente se dirigiram aos seus objetos, pois os poderes em que consistem dirigir-se-iam primariamente contra os devedores (convocam a colaboração destes para a satisfação do direito de crédito).

No entanto, há conceções que negam a distinção entre direitos reais e direitos de crédito. São as chamadas conceções monistas, que sustentam que todos os direitos patrimoniais são reconduzíveis a uma estrutura comum:

- Uma das construções mais conhecidas está ligada à conceção personalista dos direitos reais e sustenta que todos os direitos patrimoniais são reconduzíveis a relações obrigacionais; a posição do titular real seria caracterizada pela obrigação passiva universal;
- Outra conceção reduz os direitos de crédito a direitos reais, com base na ideia de que, em última análise, os direitos de crédito também recaem sobre bens, por, em caso de incumprimento, o direito de crédito redundar num direito sobre o património do devedor;

No entanto, a distinção entre direitos de crédito e direitos reais não é exaustiva. Direitos de personalidade, direitos de autor e de propriedade industrial não fazem parte nem de um tipo, nem do outro.

Existe uma figura intermédia que são os direitos pessoais de gozo. São exemplos o direito do arrendatário, o direito do comodatário e o direito do depositário. Por exemplo, o arrendatário tem o gozo da coisa, mas tradicionalmente este seu direito não é entendido como um direito real, por razões históricas. No direito romano, as ações sobre arrendamento eram consideradas litígios entre pessoas e não sobre coisas. Assim este é visto como uma mera relação obrigacional. Contudo, o arrendamento tem características de um direito real de gozo, inclusive caráter absoluto (1037º).

Por fim, existem concepções que desconsideram a relação entre os direitos reais e os direitos de crédito. Há quem diga que os direitos reais têm também uma estrutura obrigacional por causa da obrigação passiva universal, e que os direitos de crédito têm sempre um caráter real porque em caso de incumprimento implicam um direito sobre o património do credor e a sua agressão.

Estas concepções não são felizes porque na tentativa de encontrar coisas comuns, ultrapassam outras mais importantes.

1.4. Características comuns dos direitos reais

As características dos direitos reais tratam-se de princípios formais que caracterizam a estrutura dos direitos reais.

- **Oponibilidade erga omnes:** caracteriza os direitos reais como absolutos, isto é, passíveis de ser invocados contra todos. Esta característica não é específica dos direitos reais, caracterizando também outros tipos de direitos.
- **Publicidade:** traduz-se no facto de a existência do direito real ser ostensiva e facilmente cognoscível, seja por força dos sistemas de registo, seja por força da posse. A publicidade está ligada ao caráter absoluto, na medida em que só podem ser invocáveis contra todos, os direitos que sejam conhecidos ou cognoscíveis pela comunidade em geral.
- **Sequela:** poder de o titular seguir a coisa por onde quer que ela se encontre; suscetibilidade de invocação do direito contra qualquer detentor da coisa. Exprime-se, nomeadamente, na chamada “reivindicação”, ou seja, na exigência judicial de reconhecimento do direito real e da sua restituição (artigo 1311º).
- **Tipicidade ou Taxatividade:** consiste no facto de os direitos reais formarem um elenco fechado que não é alargável por vontade das partes. A doutrina entende que o artigo 1306º/1 consagra o *numerus clausus* dos direitos reais.

A tipicidade é essencial aos direitos reais já que se estes se caracterizam por consistirem em certas formas de aproveitamento dos bens oponíveis a todos, parece difícil conceber que o legislador possa deixar a criação de novos tipos de direitos reais na disponibilidade dos sujeitos privados.

- **Elasticidade ou consolidação:** consiste na característica de os direitos reais tenderem a abranger o máximo de utilidades que abstratamente podem propiciar. Por exemplo, o direito de propriedade contrai quando surgem outros direitos reais menores, como o usufruto e o direito de superfície, recuperando a sua plenitude no momento de extinção desses outros direitos.
- **Especialidade ou individualização:** consiste em ser necessária a especificação das coisas objeto dos direitos reais, isto é, em não poder haver direitos reais sobre coisas genéricas. Os direitos reais só existem enquanto e se os seus objetos existirem e só subsistem enquanto esses objetos subsistam. Os direitos reais podem também incidir sobre coisas complexas. Por exemplo, um estabelecimento comercial é um conjunto de coisas que constituem uma empresa; pode haver um direito real sobre o estabelecimento comercial como um todo. Os direitos reais não podem incidir em coisas futuras, só podem existir sobre coisas certas e atuais. Por exemplo, um prédio já está construído, mas ainda não existe enquanto propriedade horizontal: para o direito ainda não existe. É preciso analisar o estatuto jurídico das coisas para perceber se estamos perante uma coisa certa sobre a qual podem incidir direitos reais.

- **Imediação:** os direitos reais envolvem um poder material e jurídico de aceder direta e imediatamente à coisa sobre o qual incidem. Não é uma característica exclusiva dos direitos reais. Por exemplo, os direitos pessoais de gozo, que por precipitado histórico não são direitos reais, também têm essa característica.
- **Compatibilidade ou exclusão:** só podem ser constituídos vários direitos reais sobre a mesma coisa que sejam compatíveis.
- **Prevalência:** Poder de impor o seu direito a quem não tenha direito anterior incompatível. Por exemplo, eu sou proprietária: ou há um proprietário anterior que prevalece sobre mim, ou então eu posso expulsá-lo. O legislador reconhece esta característica aos direitos pessoais de gozo que, apesar de terem caído no direito das obrigações, têm características comuns com os direitos reais.
- **Consensualidade:** traduz-se no facto de a transmissão de direitos reais ser um efeito automático do negócio jurídico. É uma característica consagrada no artigo 408º, nº1.
Nem sempre ocorre desta forma: na história e no direito comparado há outras formas de transmitir direitos reais sem ser por efeito automático do negócio jurídico. O ato de entrega da coisa tem a designação de tradição (entrega, do *traditio*) da coisa. Em alguns casos, só no momento de entrega da coisa se transmite a propriedade. Neste caso, o contrato não transmite a propriedade. Para bens sujeitos a registo não existe consensualismo.
A consensualidade é apenas um princípio, o que quer dizer que não tem de se verificar sempre. Este princípio diz que a transmissão de direitos opera por efeito do contrato. Em relação a bens que não são sujeitos a registo, temos o artigo 408º e o princípio da consensualidade verifica-se com toda a sua pujança: a *traditio* não releva na transmissão da propriedade. Nos bens sujeitos a registo, este princípio funciona de forma diferente e o princípio da consensualidade e perde a pujança.

2. Os direitos reais de gozo

2.1. O direito de propriedade

2.1.1. Aspetos gerais

2.1.1.1. A noção de propriedade

Existem vários sentidos da palavra propriedade:

Sentidos civilísticos:

- É um tipo de direito real
- É o objeto de um direito real
- É um qualquer tipo de direito real

Sentido constitucional:

- **Artigo 62º, CRP:** Propriedade na constituição significa património. Abarca formas de apropriação da riqueza do património que não incidem diretamente sobre coisas corpóreas ou incorpóreas. É o caso da propriedade de posições ativas (ações).

O sentido mais comum do termo propriedade é o primeiro – propriedade enquanto um tipo de direito real. O direito de propriedade é bastante difícil de definir. O conteúdo do direito de propriedade surge no **artigo 1305º** que nos dá algumas pistas sobre o que é o direito de propriedade, não o definindo em sentido estrito. Nesta sequência, deixam-se algumas notas acerca do direito de propriedade:

- A propriedade surge como um “domínio limitado e exclusivo sobre a coisa”. A lei fala ainda da disposição, do uso e da fruição, porém, os poderes no direito de propriedade são ainda mais do que estes. Existem,

obviamente, limites. Se eu tiver um edifício em Lisboa, só posso edifica-lo entro dos limites que a CML me impor.

- O conteúdo do direito de propriedade seria diverso consoante os seus objeto e natureza, em função de se tratar de propriedade de solo urbano ou de solo rural, de bens de produção ou de bens de consumo...
- O direito de propriedade é o direito real máximo, na medida em que não existe nenhum direito maior do que este e que é por referência a ele que os outros direitos reais se constroem.

2.1.1.2 Características do direito de propriedade

Tratam-se de características específicas ou particularmente intensas no direito de propriedade:

- **Plenitude:** O direito de propriedade tende a abranger todos os direitos que podem existir sobre uma coisa. Esta plenitude é tendencial, na medida em que existem limites e restrições aos poderes compreendidos na propriedade.
- **Elasticidade:** É uma característica geral dos direitos reais que se manifesta de forma mais intensa no direito de propriedade do que nos demais direitos reais. O direito de propriedade tende a expandir-se ao máximo das faculdades que pode comportar.
- **Perpetuidade:** Em princípio, o direito de propriedade é perpétuo: não cessa pelo decurso do tempo. Ainda assim, o direito de propriedade, assim como os direitos menores que o acompanham (“usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície e servidão”) podem extinguir-se. É também possível que existam casos de propriedade temporária (**artigo 1307º/2**).
- **Transmissibilidade:** O direito de propriedade é transmissível na medida em que é possível doar, vender, fazer o que quer que seja para transmitir a propriedade. Esta característica é partilhada com a maioria dos direitos reais e privados patrimoniais. Por exemplo, para além da minha propriedade eu posso transmitir as minhas ações, o meu crédito, etc.,
Nem todos os direitos reais são transmissíveis, como é o caso do direito de uso e habitação (**artigo 1488º**).

2.1.1.3. Modos de aquisição da propriedade

Os meios de aquisição da propriedade são definidos no **artigo 1316º**. São eles o contrato, a sucessão por morte, a usucapião, a ocupação, a acessão, existindo ainda demais modos previstos na lei.

- **Contrato:** aquisição por força dos efeitos de um contrato.
- **Sucessão mortis causa:** aquisição mortis causa.
- **Usucapião:** aquisição (de móveis ou imóveis) resultante da manutenção da posse por determinado período de tempo. Trata-se de uma aquisição originária por força da lei.
- **Ocupação:** apropriação de uma coisa sem dono com a intenção de a adquirir.
 - Só podem ser ocupadas coisas sem dono, isto é, ou que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas.
 - A ocupação está limitada às coisas móveis (**artigo 1318º**). As coisas imóveis sem dono pertencem ao estado (**Artigo 1345º**).

Um exemplo de coisas que são alvo de ocupação é por exemplo as que se reportam à caça e à pesca, apesar de estas práticas serem reguladas por leis especiais.

- **Achamento (artigos 1323º e 1324º):** O achamento é uma modalidade da ocupação que, em rigor, não se traduz bem na ocupação. O achamento dispõe de um conjunto de regras próprias consoante se tratem de animais e outras coisas aparentemente perdidas ou escondidas.
Quando se tratem de animais ou coisas aparentemente perdidas:

- O legislador impede a apropriação por parte do achador, impondo-lhe em caso de a identidade do dono ser do seu conhecimento, o dever de restituição ou, pelo menos, o dever de aviso;
- O legislador impõe ao achador o dever de anúncio do achado ou de aviso às autoridades;
- Tendo o anúncio sido feito, se o dono não reclamar a coisa no prazo de um ano a contar do mesmo, o achador pode fazer sua a coisa perdida;

Quando se tratem de coisas escondidas:

- Impõe-se o dever de restituição ou anúncio e aviso às autoridades, exceto quando for evidente que a coisa foi escondida há mais de 20 anos;
- A sanção para a inobservância de tais deveres é a perda, em detrimento do estado, da coisa escondida;
- Cumpridos os deveres em causa sem efeito, o achador torna-se proprietário de metade do achado, cabendo a outra metade ao proprietário da coisa onde o tesouro estava escondido;

- **Acessão (1325º e ss.):** aquisição por incorporação de coisa pertencente a terceiro em coisa própria. Temos a **acessão natural** e a **acessão industrial**. A **acessão natural** é resultante de fenómenos naturais, enquanto a **acessão industrial** resulta de factos humanos.

Exemplo: o acréscimo de terreno movimentado pela água (acessão natural).

Temos ainda **acessão mobiliária**, se incidir em coisas móveis, e **imobiliária**, se incidir em coisas imóveis.

Estão reguladas no CC figuras que, em rigor, não são acessão. Nomeadamente, a especificação e boa-fé (1336º), o aluvião (1328º) e a avulsão (1329º).

2.1.1.4. Modos de extinção de propriedade

O direito de propriedade, apesar da sua já referida tendencial perpetuidade, pode extinguir-se. São causas de extinção do direito de propriedade a perda da coisa, o abandono e a renúncia.

- **Perda da coisa:** destruição física da coisa. Com a perda da coisa o direito real de propriedade extingue-se, inda que com a extinção surja um direito sucedâneo (ver artigo 1480º como exemplo).
- **Abandono:** modalidade de renúncia especializada por o negócio consistir não num texto, mas numa conduta.
Exemplo: colocar os móveis numa lixeira.
- **Renúncia:** negócio jurídico unilateral pelo qual o seu autor extingue um direito de que é titular.
 - **Renúncia abdicativa:** extinção do direito pura e simples;
 - **Renúncia liberatória:** meio de exoneração de uma obrigação; este tipo de renúncia é muito mais frequente no regime de direitos reais menores do que na propriedade. São exemplos a renúncia ao usufruto e à compropriedade.

❖ Querela doutrinária

A propósito da renúncia abdicativa, existe uma querela doutrinária relativa à possibilidade de renúncia a bens imóveis.

- A maior parte da doutrina diz que não é possível renunciar a prédios, mas apenas a bens móveis, com o argumento de que a renúncia a bens imóveis faz com que estes fiquem sem dono
- A minoria da doutrina diz que é possível renunciar à propriedade sobre um imóvel, porque esta passa a pertencer ao estado (1845º).

2.1.1.5. A transmissão de propriedade intervivos

O principal meio de transmissão intervivos do direito de propriedade é o contrato. Porém, existem na totalidade três paradigmas em relação à transmissão de propriedade:

- **Sistema de título:** o efeito transmissivo da propriedade resulta do contrato;
- **Sistema do modo:** o efeito transmissivo resulta de um ato autónomo face ao contrato. Esse ato autónomo pode ser um de dois: a entrega da coisa ou a inscrição registral da coisa.
- **Sistema misto:** a transmissão da propriedade resulta da conjugação do contrato e do ato autónomo.

No direito português, a regra base que resulta dos **artigos 1408º/1** e **1317º/a** é a de que a constituição ou transferência de direitos reais se dá por efeito do contrato.

No entanto, a transmissão da propriedade por efeito do contrato é uma regra-base e não uma inevitabilidade. O próprio CC salvaguarda que assim seja no artigo 408º/1 quando fala nas “exceções previstas na lei”, as quais exemplifica no número seguinte.

Deste modo, não se deve entender a regra como imperativa, mas sim dispositiva, pelo que as partes podem estabelecer que a transmissão da propriedade não seja automática. Aliás, no que diz respeito a alguns direitos reais que não a propriedade, a lei é clara em estabelecer que a mesma não se dá por mero efeito do negócio jurídico, mas sim por outros meios, como o registo (hipoteca) e a entrega (penhor).

O sistema do título e o princípio da consensualidade são um produto do racionalismo jusnaturalista: a propriedade transmite-se pela vontade.

Na primeira apreciação, isto facilita a transmissão da propriedade. Numa segunda apreciação não facilita as transações económicas, mas sim aumenta os custos da transação para os agentes económicos por desfavorecer os terceiros, em especial os credores.

Quando eu não exijo o modo, mas apenas o título, estou a abdicar da publicidade dos direitos reais. Faz sentido, do ponto de vista da AED que o sistema não seja apenas de título, de modo a que haja um sistema de publicidade que confere segurança aos credores nas transações económicas.

2.1.1.5.1 As aquisições a non domino

Esta figura das aquisições é uma figura de tradição francesa que respeita a bens móveis. Traduz-se na ideia de existirem transmissões intervivos por força de atos praticados por quem não é dono da coisa. Isto é, casos em que alguém aparenta ser proprietário de um bem móvel, embora não o seja, e um terceiro adquire uma coisa desse aparente proprietário.

O que acontece é que para aqueles que se relacionam com possuidores que não são proprietários, essa posse vale como propriedade e, portanto, que quando alguém adquire de um possuidor que não é proprietário, apesar disso, a propriedade se transmite. O terceiro adquire a propriedade pro causa do peso da entrega da coisa (tradicio). Trata-se da regra da tutela de aparência.

Em Portugal não vigora este regime. Não há proteção da tutela da aparência nesta sede. Numa lógica de consensualismo e de sistema de título, vai sempre privilegiar-se quem é o verdadeiro proprietário e desvalorizar-se a posse e a tradicio.

2.1.1.6. A compropriedade

A **compropriedade** traduz-se numa situação de titularidade plural do direito de propriedade sobre uma coisa (**artigo 1403º**). Trata-se de um único direito de propriedade com vários titulares.

A compropriedade atribui poderes sobre a coisa no seu todo e não sobre partes especificadas da coisa. Cada contitular não tem direito a uma parte da coisa: cada titular tem em conjunto com os outros o direito a toda a coisa (**Artigo 1408º/1**).

De acordo com o **artigo 1403º/2**, os direitos dos comproprietários são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes. Na falta de indicação em contrário, deve presumir-se que as quotas dos comproprietários são iguais.

Uma expressão muito utilizada no que toca à compropriedade é a de “ter uma coisa em avos”. Esta é uma realidade sociológica que consiste em ter uma coisa imóvel em compropriedade e os comproprietários procederem à divisão física de um prédio.

Do ponto de vista jurídico esta divisão não ocorre: permanece um único direito de propriedade, sobre um único prédio. Apesar disto, na cabeça dos comproprietários, cada um pode ser proprietário da sua parte. Isto é uma desadequação jurídica, uma vez que juridicamente as coisas não se processam desta maneira.

Nas situações em que há uma compropriedade “dividida em avos”, do ponto de vista jurídico não há qualquer divisão, mas com o passar do tempo pode passar a haver, através da usucapião. Por meio deste instituto, esta realidade sociológica pode, sim, tornar-se numa realidade jurídica.

→ Na compropriedade não se tem direito a uma parcela em avos, tem-se direito a todo o prédio, semelhantemente aos outros titulares.

❖ Querela doutrinária

No que toca à compropriedade, existe uma querela doutrinária relativamente à natureza jurídica da compropriedade.

Figuram três concepções acerca deste assunto:

- **Pluralidade de direitos sobre parte alíquotas do mesmo objeto:** o direito de propriedade não incide em contitularidade sobre todo um terreno, mas sim sobre a percentagem de ma coisa, a quota ideal;
- **Pluralidade de vários direitos sobre o mesmo objeto;**
- **Pluralidade de titulares de um único direito,** ou seja, um direito com vários contitulares. é a que tem maior correspondência na letra da lei.

2.1.1.6.1 Aspetos do regime

Vejamos os principais aspetos do regime de compropriedade:

- **Uso da coisa comum (artigo 1406º):** é possível que os comproprietários regulem por acordo o uso da coisa comum. Na falta de tal regulação, todos se podem servir dela com duas restrições:
 - não se pode utilizar a coisa para fim diferente daquele a que ela se destina;
 - não se pode privar os demais comproprietários no uso da coisa;
- **Obrigações de participar nas benfeitorias necessárias (artigo 1411º):** é obrigação dos comproprietários contribuírem, na proporção das suas quotas para as benfeitorias necessárias à conservação e fruição do bem comum.
- **Administração da coisa comum (artigo 1407º e 985º):** Todos têm, salvo acordo em contrário, igual poder para administrar; se houver alguma divergência, terá lugar o processo deliberativo que tem a exigência da dupla maioria: exige-se a maioria dos comproprietários e das quotas.
- **Direito à divisão (artigo 1412º):** qualquer um dos comproprietários tem na sua esfera jurídica a fazer cessar essa compropriedade procedendo à divisão da coisa. É possível convencionar a indivisão por cinco anos. A partir daí, é possível a qualquer comproprietário, a todo o momento, exigir a divisão da coisa. Essa divisão da coisa pode ser feita de forma amigável, ou processualmente. A divisão de imóveis é limitada por regras que visem evitar o fracionamento da propriedade e por regras urbanísticas.

- **Alienação da quota (1408º):** um comproprietário individualmente não pode vender nem alienar toda a coisa. Pode, porém, alienar a sua quota em contitularidade. Se o fizer, existe um direito de preferência. Os restantes comproprietários gozam de direito de preferência, isto é, do direito de se substituir ao adquirente de ficar com a quota para si.
Este direito de preferência é um direito legal de preferência por surgir da lei. Os direitos de preferência podem surgir por exemplo, de contratos. Trata-se de um direito real porque tem oponibilidade erga omnes,

2.1.1.6.2. Outras situações de contitularidade

A lei portuguesa prevê e disciplina várias outras formas de contitularidade de direitos para além da compropriedade.

- **Contitularidade de créditos:** situação em que há uma situação plural de um direito de crédito.
- **Comunhão conjugal (1721º e ss.):** Existem vários regimes de comunhão:
 - **Comunhão geral de bens** – todos os bens de cada um integram a comunhão conjugal.
 - **Comunhão de adquiridos** – nem todos os bens integram a comunhão; alguns bens são pessoais e os que adquirem no casamento tornam-se de ambos, em comunhão conjugal. Também o produto do rendimento do trabalho de cada cônjuge individualmente passa a pertencer a ambos. Esta comunhão conjugal também pode envolver situações passivas: os cônjuges podem ser responsáveis por determinadas dívidas que podem onerar não só o que contraiu a dívida, mas sim a comunhão conjugal.
 - **Separação de bens** – não há comunhão conjugal, o que quer dizer que não há bens comuns.

Se as pessoas optarem por viver em união de facto, temos o regime equivalente em que não há comunhão conjugal. Porém, na situação de união de facto, é difícil não ter coisas em comum. Assim, quando, por exemplo, um casal em união de facto compra uma casa, a compra é feita em compropriedade. Quando se separam, podem exigir a divisão da coisa (1412º).
- **Comunhão hereditária (2079º e ss.):** Quando alguém morre e tem um património, esse património tem de ser partilhado – fenómeno sucessório. Entre o momento em que a pessoa falece e a divisão dos bens pelos herdeiros pode decorrer imenso tempo. Durante esse espaço de tempo, o património do falecido permanece em comunhão hereditária, isto é, pertence a todos os herdeiros.
- **Baldios:** Os baldios são terrenos possuídos e geridos por comunidades locais. São, por exemplo, terrenos utilizados para alimentação do gado, para cultivo, recolha de lenha, entre outros.

Enquanto a compropriedade e a contitularidade são situações ativas isoladas, a comunhão conjugal, a comunhão hereditária e a comunhão societária consistem em patrimónios autónomos, isto é, conjuntos de direitos e vinculações afetos a uma finalidade especial.

Daqui poderia decorrer que seria sempre fácil distinguir as situações de compropriedade de situações de comunhão societária, mas a verdade é que ambas se confundem. É que uma situação de compropriedade pode servir de base a uma sociedade e uma sociedade pode terminar numa comunhão não societária. O critério distintivo é o artigo 980º, segundo o qual “só há uma sociedade enquanto há o exercício de uma atividade económica que não seja mera fruição.

Nota: Já que a lei não contém regras sobre contitularidade de direitos em geral, são aplicáveis a estes casos, subsidiariamente, as regras sobre compropriedade, com as necessárias adaptações.

2.1.1.6.3. Comunhão românica vs. Comunhão germânica (mão comum)

Na comunhão germânica temos um laço pessoal anterior cujos efeitos não se resumem à mera propriedade coletiva. Esse vínculo pessoal é, por exemplo a comunhão conjugal, a relação entre herdeiros, a relação societária... Não é possível desfazer estas situações de comunhão sem antes desfazer o laço pessoal que está na sua origem.

Por sua vez, na comunhão românica é uma pura situação ativa isolada que pode ser dividida a todo o tempo. A compropriedade (1403º) tem origem na comunhão românica. Trata-se de um regime com um fim em si, não existindo laços anteriores.

2.1.1.7 A defesa da propriedade

A propriedade pode ser defendida judicialmente ou extrajudicialmente.

A regra é a da defesa judicial, porém, o **artigo 1314º** admite a defesa por meio de ação direta, nos termos do **artigo 336º**. Na ação direta, o proprietário reage à defesa da sua propriedade sem pedir ajuda a um juiz.

O principal meio de defesa judicial é a **ação de reivindicação (artigo 1311º)**, cuja finalidade é a obtenção da restituição da coisa.

Tradicionalmente, entendia-se que havia dois pedidos: o de reconhecimento da propriedade e o da restituição da mesma. Se apenas se fizesse um dos pedidos, considerava-se a situação incompleta e a ação não podia prosseguir. Hoje em dia, já se abandonou esta visão tradicionalista e o único pedido passou a ser o da restituição da coisa.

O motivo pelo qual se pede a restituição é o facto de termos a titularidade da propriedade. Deste modo, numa ação de reivindicação, tenho que alegar que sou proprietária, ou tenho de provar uma aquisição originária (jurisprudência e doutrina).

A ação de reivindicação também é utilizada em relação a direitos reais menores (**artigo 1315º**), *mutatis mutandis*.

Dentro dos meios de defesa judiciais pode ainda propor-se **ações meramente declarativas de inexistência de outros direitos.**, para fazer declarar a inexistência de outros direitos sobre a coisa em causa.

2.1.1.8. Expropriação, confisco, nacionalização e requisição como potenciais limitações ao direito de propriedade

De acordo com o **artigo 1308º** “ninguém pode ser privado, no seu todo ou em parte, do seu direito de propriedade senão nos casos fixados na lei”. Esta é uma garantia constitucional, dada no **artigo 61º CRP** que estabelece o direito de propriedade como fundamental, acrescentando que ninguém pode ser expropriado sem a devida compensação.

- **A expropriação:** Existem dois conceitos de expropriação:

- **Ampla:** Um qualquer modo de privação e um direito patrimonial. Abarca o confisco, a nacionalização, a perda e benefício do Estado por efeito de condenação penal e a expropriação propriamente dita.
- **Restrito:** É a **expropriação por utilidade pública** propriamente dita. Trata-se do ato administrativo pelo qual o Estado, para a realização de um fim de utilidade pública, extingue um direito sobre um imóvel e ou constitui um direito igual, ou modifica-o, em favor de uma entidade pública. De acordo com o **artigo 1310º**, havendo expropriação por utilidade pública, há sempre indemnização ao proprietário e aos titulares de outros direitos reais afetados.

- ❖ Existe uma forte corrente de opinião que integra no conceito de expropriação, não só atos que privam direitos, mas também atos que lhes tiram valor. São as expropriações de valor ou sacrifício.

- **Nacionalização:** A nacionalização enquadra-se no conceito amplo de expropriação, enquanto modo de privação de um direito patrimonial. Consiste na privação de um direito em detrimento de uma empresa, através de um ato legislativo. A lei não prevê a justa indemnização de nacionalizações.

Este tipo de nacionalizações ocorreu bastante durante o PREC – Processo revolucionário em curso. No entanto, podem existir nacionalizações sem carácter político e ideológico. Recentemente, foi nacionalizado um banco por má gestão por parte dos privados.

- **Confisco:** O confisco enquadra-se no conceito amplo de expropriação, sendo caracterizado por um caráter sancionatório. Deste modo, é inerente ao confisco a ausência de compensação ao seu titular.
- **Requisição (1309º):** Não se traduz numa perda da titularidade de um direito real, mas sim na sua privação temporária.

A expropriação, a nacionalização e a requisição são limitações ao direito de propriedade nas quais não há uma censura, mas sim uma contraposição entre o interesse público e privado. Assim sendo, os proprietários estão sujeitos à perda ou privação do seu direito real independentemente de qualquer ato ou omissão.

O confisco e a perda em benefício do Estado por efeito de condenação penal pressupõe um ato ou omissão do proprietário que resulta na sanção traduzida nestes regimes.

2.1.2. Aspectos específicos do direito de propriedade sobre prédios

2.1.2.1. Noções civilísticas e fiscais de prédio, prédio rústico e prédio urbano

As definições civilísticas de prédio rústico e prédio urbano são dadas pelo **artigo 204º/2**.

Tem-se **prédio rústico** como “uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica” e **prédio urbano** com “qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro”. A definição de **prédio** resulta da conjugação das duas definições anteriores: parte delimitada do solo com todas as suas construções.

Estas não são as únicas definições de prédio, prédio rústico e prédio urbano. O Código do Imposto Municipal sobre Imóveis, o Código Fiscal e o próprio Estatuto das construções dão a estes termos definições diferentes das dos códigos civis.

Para efeitos fiscais:

- O terreno para construção é considerado um prédio urbano;
- Reconhece-se a figura de prédios mistos: prédios em que existe uma parte rústica e outra urbana, sem que nenhuma se destaque sobre a outra;
- As construções não incorporadas no solo, desde que em permanência com o mesmo, são também prédios urbanos. É o caso das caravanas.

2.1.2.2. Extensão espacial do direito de propriedade

De acordo com a visão tradicional, o direito de propriedade era limitado pelo céu e pelo inferno.

Nos dias de hoje, a extensão física do direito de propriedade constitui um problema pela necessidade de o compatibilizar com as normas que atribuem ao domínio público o espaço aéreo e as partes do subsolo.

O **artigo 84º/1, CRP** estabelece como pertencentes ao domínio público:

- As camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário;
- Os jazigos minerais, as nascentes de água mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com a exceção das rochas, terras comuns e outros minerais habitualmente usados na construção.

O **artigo 1344º** estabelece como parte da propriedade de imóveis:

- O espaço aéreo e o subsolo salvo o que esteja desintegrado por lei ou negócio jurídico.

Ora, o artigo 84º da CRP diz que o solo e o subsolo são domínio público, o que fragiliza a eficácia da norma civil que, neste caso, terá de ser interpretada conforme este artigo. Na prática, se eu encontrar recursos no subsolo, tenho de ter uma licença para que os possa explorar.

2.1.2.3. *Ius aedificandi*

O **ius aedificandi** é um dos poderes mais importantes atribuídos ao direito de propriedade. Compreende:

- A faculdade de construir;
- A faculdade de praticar atos jurídicos e operações materiais prévias à construção;

Esta matéria invoca não só o direito civil, mas também as regras sobre ordenamento de território, as regras urbanísticas e o direito administrativo. Existe, inclusive, um sub-ramo do direito administrativo que é o urbanismo que se traduz num conjunto de regras de direito administrativo que visa proteger o território e que limitam a edificação e construção pelos particulares.

❖ Querela doutrinária

Do direito de propriedade fazem parte as faculdades em que o *ius aedificandi* se desdobra? Os atos de administração são necessários à concretização dessas faculdades são meras condicionantes do mesmo ou é dos atos administrativos que nasce o *ius aedificandi*?

- O **artigo 1344º** diz que a propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo e o subsolo correspondentes à superfície, o que parece implicar que o direito de propriedade inclui o *ius aedificandi*.
- A coordenação do **artigo 1344º** com as **normas urbanísticas** resulta em que não é possível dar uma resposta universal. O plano urbanístico e o direito de propriedade condicionam-se mutuamente: o plano urbanístico não pode fazer tabua rasa das situações jurídicas e dá conteúdos do direito de propriedade na vertente do *ius aedificandi* que o plano urbanístico não pode lesar.
- Na **constituição**, o **artigo 62º** atribui um núcleo rígido de poderes aos proprietários, mas no **artigo 65º/4** atribui ao estado, as RA e às AL o poder-dever de definir as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos.
- **Freitas do Amaral, Marcelo Rebelo de Sousa, Rui Medeiros, João Caupers** – As licenças administrativas da construção limitam o *ius aedificandi* civilístico. A sua construção doutrinária dá maior ênfase ao direito privado, considerando que o direito de propriedade inclui o direito a construir. Trata-se de um direito adquirido.
- **Rogério Soares, Bacelar Gouveia, Gomes Canotilho, Vital Moreira** – As licenças administrativas geram o *ius aedificandi*. Esta construção doutrinária enfoca o direito público no ordenamento do território, considerando que o *ius aedificandi* não é um direito adquirido.
- **Rui Pinto Duarte** – É uma posição intermédia em relação às duas anteriores, segundo a qual se deve decidir consoante a situação. O problema não pode ser analisado de forma absoluta porque nem sempre o *ius aedificandi* surge só com a licença e nem sempre é uma faculdade natural. Depende então do prédio em causa. Por exemplo, se o direito de propriedade sobre um prédio no centro de Lisboa no qual há muitos anos existe um edifício compreende certamente as faculdades de manter a construção e reconstruir, o mesmo já não é verdade para o direito de propriedade sobre um prédio rústico afetado à atividade agrícola.
- A **jurisprudência** faz prevalecer o direito público.

2.1.2.4. Relações de vizinhança

As relações de vizinhança são reguladas pelos **artigos 1346º e ss.** Trata-se de saber o que posso fazer em função dos meus vizinhos, isto é, os limites do meu direito de propriedade. Não se trata apenas dos limites físicos, mas também dos limites às atividades que podem ser levadas a cabo em cada prédio.

Por vizinhança entende-se, não apenas os prédios contíguos, mas também os prédios próximos.

Apesar de a noção clássica de direito de propriedade apontar para poderes ilimitados, na realidade o direito de propriedade é limitado pelo direito de propriedade dos vizinhos.

Tem-se em conta os **atos emulativos**, isto é, os atos que não têm qualquer benefício para quem os pratica, mas que têm prejuízos para terceiros. Terá de se provar que o ato prejudica terceiros sem qualquer benefício para o seu autor.

No caso do abuso de direito (**artigo 334º**), há três conceitos indeterminados com várias funções: receber a ética no direito, delegar nos juízes o poder de conformar o direito.

Existem três limites ao exercício de um direito: a boa-fé, os bons costumes e o fim social ou económico desse direito.

Em Portugal, há quem defenda que as situações de abuso de direito geram sempre responsabilidade civil, mas a maioria da doutrina não concorda com esta ideia.

A doutrina germânica costuma distinguir entre boa-fé e bons costumes da seguinte forma:

- **Boa-fé:** imposições éticas no âmbito de situações jurídicas pré-contrato/contratuais/pós-contrato;
- **Bons costumes:** imposições jurídicas não contratuais;

Os direitos reais, enquanto posições complexas, implicam obrigações reais. Neste contexto, fala-se de relações jurídicas reais, ou seja, relações entre titulares de direitos reais. Esta é uma ideia que faz muito sentido em sede de relações de vizinhança e que foi defendida por Oliveira Ascensão.

As regras sobre relações de vizinhança são regras antiquadas. É necessária uma interpretação sistemática e atualista em função de outras normas do ordenamento jurídico.

São essencialmente quatro os parâmetros de regras que regulam relações de vizinhança: regras sobre emissões, regras sobre distâncias, regras sobre comunhão e regras de abuso do direito.

- **Direito de demarcação:** O proprietário tem direito a exigir o concurso dos proprietários confinantes para a demarcação (**artigo 1353º**). Os pressupostos da demarcação são:
 - A existência de dois ou mais prédios contíguos;
 - Pertença dos prédios a titulares diferentes;
 - Existência de dúvidas ou divergências quanto às suas linhas divisórias.

A base da demarcação é constituída pelos títulos de cada proprietário e, na falta ou insuficiência deles, pela posse ou outros meios de prova (**1354º/1**). Os problemas sem resposta, levam à distribuição do espaço em discussão em partes iguais (**1354º/2**).

Um interessado na demarcação que depare com a recusa de um proprietário confinante pode proceder a ela extrajudicialmente pode solicitar que a demarcação seja feita judicialmente. A ação de demarcação não se pode destinar a alterar a demarcação feita extrajudicialmente, mas apenas a proceder à demarcação que não seja viável por acordo. Se um proprietário quiser alterar uma demarcação feita extrajudicialmente, terá de invocar outro direito.

- **Direito de tapagem (1356º):** Pode traduzir-se no direito de colocar marcos, valas, muros, ou tapar de qualquer modo o seu prédio. Este direito tem limites, nomeadamente os previstos nos **artigos 1357º e 1359º/1**. Existem ainda presunções de comunhão no **artigo 1358º**.

- **Direito de plantação (1366º e ss):** O proprietário tem direito a plantar árvores e arbustos no seu prédio, mas esse limite tem limites resultantes das relações de vizinhança. O proprietário pode plantar até à linha divisória, mas o vizinho pode arrancar os ramos e as raízes que estejam do seu lado desde que o dono da árvore o não faça no prazo de três dias a contar da data em que tal ação lhe seja solicitada.

Quanto aos frutos caídos noutros prédios, o dono da árvore ou arbusto de que os frutos caíam não perder a propriedade deles e tem direito a que o dono do prédio onde eles caíam lhe permita fazer a apanha se a mesma não for possível do prédio em que a árvore se situe **(1367º)**.

Há uma presunção quanto a árvores e arbustos nascidos nas linhas divisórias, que vai no sentido da comunhão **(1368º)**. Esta compropriedade tem um regime especial: qualquer consorte tem direito à faculdade de arrancar as árvores e os arbustos em causa. Não podem, porém, ser arrancados os arbustos ou árvores que sirvam de marcos divisórios, senão por acordo **(1369º)**.

Além dos direitos acima referidos, existem outras situações previstas na lei:

- **Emissões (artigo 1346º):** Este artigo estabelece que o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e outros ruídos semelhantes, provenientes de prédio vizinho (não apenas os prédios contíguos) sempre que tais factos importe prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanem. Hoje em dia, este artigo é muito pouco utilizado, uma vez que estas questões passaram a ser resolvidas através de normas de direito público.
- **Instalações prejudiciais (artigo 1347º):** Este artigo determina que o proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substância perigosas ou corrosivas, se forem de recear que possam ter efeitos nocivos sobre o prédio vizinho. Se, porém, as obras ou instalações tiverem sido autorizadas, a sua inutilização só é permitida a partir do momento em que o prejuízo se torne efetivo. Em qualquer dos casos, o proprietário das obras é obrigado a indemnizar o proprietário do prédio vizinho afetado por prejuízo.
 - A questão que se levanta acerca deste artigo é a seguinte: se existir uma instalação autorizada que não esteja a provocar prejuízo, mas se se demonstrar haver fundado receio de ela vir a causar prejuízo grave e irreparável, terá cabimento exigir a suspensão da mesma? Sim.
- **Escavações (artigo 1348º):** Este artigo limita a propriedade com a finalidade de evitar desmoronamentos e deslocamentos de terra. Assim, a faculdade de abrir minas e poços, tem como limitação não privar os prédios vizinhos de apoio necessário do solo. Os lesados por tal infração têm direito a ser indemnizados pelos danos daí resultantes, mesmo que tenham sido tomadas as precauções julgadas necessárias. Trata-se de responsabilidade civil objetiva do proprietário, quer este seja autor das obras ou não.
- **Passagem forçada momentânea (1349º):** Os donos dos prédios são obrigados a consentir acesso a terceiros em casos de indispensabilidade para fazer reparações, ou atos análogos, assim como em casos de recolha por terceiros de coisas suas que acidentalmente neles se encontrem. Os donos podem, porém, impedir o acesso, desde que entreguem tais coisas aos proprietários das mesmas. Esta figura não é uma servidão, já que o direito de passagem não é atribuído em função da titularidade de outro prédio, mas sim em função de direitos ou interesses de outro tipo.
- **Receção de águas (artigos 1351º e 1352º):** Os prédios inferiores estão sujeitos a receber as águas por força da gravidade. Não se pode contrariar a morfologia natural. Todavia, os donos de prédios inferiores não podem fazer obras que estorvem o escoamento, assim como os donos de prédios superiores não podem fazer obras que agravem o escoamento.

- **Restrições à abertura de rasgões ou de plataformas em edifícios em função da proximidade de outro prédio (artigos 1360º a 1364º):** O Código Civil permite construir até às extremidades dos prédios, mas restringe a abertura de rasgões em função da proximidade com outros prédios, de modo a limitar a indiscrição.
- **Restrição ao estilicídio (artigo 1365º):** Por estilicídio entende-se o gotejamento da cobertura para o prédio vizinho. Existe a obrigação de o evitar, nomeadamente pelo respeito de intervalo de meio metro – se não houver alternativa ou então, pela construção de algerozes.
- **Paredes e muros de meação (artigos 1370º a 1375º):** Tratam-se de regras especiais de comunhão, formas especiais de compropriedade que apenas incidem sobre as paredes/muros divisórios. Encontramos no regime presunções de compropriedade.
- **Ruína de construção (artigo 1350º):** Limita aos donos dos prédios vizinhos a legitimidade para exigir aos responsáveis por edifícios ou obras em perigo de ruir, a tomada das providências necessárias para eliminar o perigo. Só se pode exigir a tomada de providências a quem seja civilmente responsável pelos potenciais danos resultantes do edifício ou obra em ruína – não a todo o proprietário de prédio vizinho em que tal edifício ou obra se situe. É invocado para estes efeitos, o artigo 492º sobre responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras.³

2.1.2.5. Acesso imobiliária

A acesso imobiliária consiste numa forma de aquisição do direito de propriedade. Tem dois requisitos:

- Incorporação de uma coisa pertencente a terceiro noutra coisa própria;
- Diversidade de titulares;

A acesso pode ser:

- **Natural ou industrial:** A natural resulta de fenómenos naturais, como por exemplo, o acréscimo de terreno pela movimentação da água. A industrial resulta dos factos Humanos, como por exemplo a construção com materiais alheios.
- **Mobiliária ou imobiliária:** A mobiliária reporta-se a bens móveis, enquanto a imobiliária se reporta a bens imóveis. A acesso imobiliária pode dividir-se ela própria em natural (artigos 1327º - 1332º) ou industrial (artigos 1339º e ss.)

Aluvião (artigo 1328º): Tudo o que por correntes de água pertence aos donos dos prédio confinantes.

Avulsão (artigo 1329): Por exemplo, uma planta que estava presa na minha terra é arrastada pela corrente para o terreno vizinho. O dono da coisa arrastada tem direito a pedir a sua devolução, desde que o faça dentro de um prazo de seis meses, se antes não tiver sido notificado para proceder à remoção.

Artigo 1339º: construção de obra ou sementeira com materiais alheios em terreno próprio – Quem tem o terreno adquire os materiais, pagando o valor.

Artigo 1340º e 1341º: construção de obra ou sementeira com materiais próprios em terreno alheio – Distinguem-se várias sub hipóteses consoante o autor da incorporação esteja de boa ou má-fé, e consoante o valor acrescentado ao valor do terreno.

Artigo 1342º: construção de obra ou sementeira com materiais alheios em terreno alheio – A lei remete para o artigo 1340º.

Artigo 1343º: Prolongamento de edifícios – se decorrerem três meses ou mais sem que o proprietário do terreno ocupado se oponha, o construtor pode adquirir a propriedade da parcela em causa, pagando o respetivo valor e

reparando o prejuízo causado. Se o proprietário do terreno ocupado se opuser no prazo de três meses, o construtor fica obrigado a destruir o que tiver edificado.

De todos os artigos, o que levanta um maior número de questões é o **artigo 1340º**. Nele encontramos uma previsão normativa que aponta para que aquele que faça uma incorporação dos materiais próprios em terreno alheio, de boa-fé, e cujas construções sejam mais valiosas que o prédio, adquira a propriedade. A boa-fé presente no artigo 1340º é a boa-fé subjetiva. Esta boa-fé não é meramente psicológica, mas é também ética.

Elementos da previsão normativa do artigo 1340º:

1. Incorporação de materiais próprios
2. Incorporação em terreno alheio
3. Boa-fé
4. As construções sejam mais valiosas que o prédio

Elementos da estatuição normativa do artigo 1340º:

1. Aquisição da propriedade
2. Pagamento de um valor

Esta hipótese é algo estranha e não joga bem com o princípio tradicional de que a superfície cede ao solo. O princípio tradicional é o de que tudo o que for feito na superfície do terreno, pertence ao dono do terreno.

Numa interpretação literal, sem restrições, esta proposição normativa é chocante para a generalidade da jurisprudência e da doutrina. Não faz sentido que, por exemplo, o arrendatário acabe por adquirir a propriedade. É então necessária uma interpretação restritiva.

Para a interpretação restritiva, existem três posições doutrinárias diferentes:

- **CrITÉrio clássico** (Manuel Rodrigues e Manuel de Andrade) – Só haverá acessão se existir uma obra inovadora que transforme a substância da coisa. Tipicamente traduz-se na seguinte situação: tínhamos um prédio rústico que, em prol da construção, passou a ser designado urbano, então houve acessão. Se não se alterou a classificação do prédio, ainda que a construção tenha sido gigante, não houve acessão.
- **CrITÉrio da relação jurídica** (Pires Lima e Antunes Varela) – Só pode haver acessão quando as obras sejam feitas por quem não tenha uma relação jurídica anterior com a coisa beneficiada. Em termos práticos, se a incorporação foi realizada por quem tinha uma relação jurídica anterior como arrendatário, empreiteiro... qualquer pessoa que tenha poderes sobre o prédio por um vínculo jurídico, então não se aplica a acessão. Quando tal relação exista, é aplicável o regime das benfeitorias.
- **CrITÉrio misto** (Rui Pinto Duarte) – Só há acessão se houver uma obra inovadora e transformadora da substância da coisa e feita por quem não tinha uma relação jurídica anterior com a coisa beneficiada.

→ Estes critérios não têm o menor apoio na letra da lei. Mesmo para efeitos do artigo 9º do CC, estas interpretações não são facilmente defensáveis. Em todo o caso, existe um grande apoio por parte da jurisprudência.

Este não é o único problema do **artigo 1340º**:

- **O que é que se adquire efetivamente?**

Todo o prédio ou só o terreno onde a obra foi implantada? Pela letra da lei entende-se que se adquire todo o prédio. Pela jurisprudência, adquire-se uma parcela do terreno. Esta jurisprudência é contra legem, não apenas por ir contra a letra da lei, mas também por colidir com as regras que proibem o fracionamento dos prédios. Esta posição jurisprudencial também pode ter alguma influência na questão do campo de aplicação da norma. Se a jurisprudência passar a olhar para o 4º pressuposto como “terreno” em vez de “prédio”, é uma jurisprudência que fará aumentar as situações em que se aplica o 1340º.

Esta discussão jurisprudencial tem o defeito de, às tantas, não respeitar apenas ao que se adquire, mas entrar pela questão da verificação do 4º pressuposto de aplicação da norma: comparação dos valores. Se os tribunais começarem

a discutir não o total dos valores e sim o valor da parcela face à construção, mais facilmente a construção tem valor superior.

- **A aquisição por acessão é automática ou constitui um direito potestativo?**

Se a aquisição for automática, opera ope legis: basta que se verifique a incorporação, para por força da mera incorporação a propriedade se transmitir.

- a) Pires Lima e Antunes Varela – automaticidade
- b) Oliveira de Ascensão e Menezes Cordeiro – necessidade de uma declaração do autor da obra (mais seguida pela jurisprudência)

- **Se a aquisição constituir um direito potestativo? Poso recusá-la? Existe alguma compensação?**

A lei não especifica, mas em princípio sim, por interpretação extensiva do artigo 1341º, que nos levará ao regime do enriquecimento sem causa.

- **Qual o valor a pagar pela aquisição?**

- Valor do imóvel anterior à obra: o juiz vai perguntar aos peritos qual o valor do imóvel há x tempo atrás;
- Valor do imóvel anterior à obra atualizado com base no índice de preços do consumidor: qual era o valor há x tempo, e desde aí para cá, atualizar o seu valor até à atualidade;
- Valor atual do imóvel: qual o valor hoje em dia.

A melhor solução é a segunda: é a que tem maior apoio na letra da lei porque o valor ao longo do tempo altera-se. Assim, seria injusto fazer um pagamento de algo que não refletisse o valor atual do dinheiro.

- **O autor da obra tem algum direito em alternativa ao de adquirir?**

Se adquirir, tem um direito; se não adquirir não tem direito.

A situação de não aquisição configura uma lacuna, que deve ser preenchida com recurso às regras sobre obra em terreno alheio.

→ Esta é uma das matérias em que se reclama uma alteração no CC. Quem constrói em terreno alheio pode ter direito a uma indemnização, mas não faz sentido que se torne proprietário. Um outro defeito, é que este artigo não atribui relevância à autonomia contratual. Não será necessário, em primeiro lugar, verificar se houve alguma combinação com o proprietário?

2.1.2.6. *Atravessadouros e caminhos públicos*

O direito de propriedade sobre prédios conhece limitações: entre elas está a de suportar que neles passem terceiros.

Em princípio, o proprietário não tem de consentir que terceiros passem pela sua propriedade, ou seja, não há atravessadouros (**artigos 1383º e 1543º**).

No entanto, existem exceções a este princípio:

- Atravessadouros para ponte ou fonte de manifesta utilidade, senão existirem vias públicas destinadas à sua utilização e se tais atravessadouros tiverem origem imemorial (**artigo 1348º**);
- Atravessadouros regulados em legislação especial (**artigo 1384º**);
- Há ainda jurisprudência e doutrina que referem os caminhos públicos como uma modalidade de limitação de propriedade sobre prédios. Os caminhos públicos são caminhos utilizados pelo público desde tempos imemoriáveis. Esta definição é dada pelo acórdão de uniformização de jurisprudência, não havendo tendo nenhuma base legal. Ainda assim, os caminhos públicos fazem sentido por analogia com os baldios. Esta definição de caminhos públicos deve ser contraposta à definição de bens de domínio público, que consistem em bens produzidos ou apropriados por entidades públicas. Nos caminhos públicos, falamos de um regime de direito privado, não constituindo propriedade pública. Existe uma propriedade privada, não uma servidão com carácter público, apesar de os terceiros poderem passar por lá. “É suficiente para que

uma coisa seja pública o seu uso direto e imediato pelo público, não sendo necessária a sua apropriação, produção, administração ou jurisdição por pessoa coletiva de direito público”.

Existe ainda uma outra corrente segundo a qual os caminhos públicos só o podem ser na medida em que pertençam a entidades públicas. Esta corrente tem o apoio do artigo 1383º, mas não deixa, por isso, de ser minoritária.

2.1.2.7. *Fracionamento e emparcelamento de prédios rústicos*

No que respeita aos prédios rústicos, há uma tendência para a atomização da propriedade. Do ponto de vista económico, isto torna difícil a existência de prédios com uma dimensão adequada para que a exploração agrícola ou de água seja viável.

Deste fenómeno surge a formulação, pelo estado, de várias medidas no sentido de evitar esse fracionamento e de promover o emparcelamento. O código Civil adotou algumas dessas medidas:

- A proibição do fracionamento dos terrenos aptos para cultura em parcelas de área inferior à fixada como superfície mínima – “unidade de cultura” (**artigos 1376º, 1377º e 1379º**);
- A atribuição, aos proprietários de prédios de área inferior à unidade de cultura, de direito de preferência na alienação (**artigos 1380º e 1381º**);
“Os proprietários dos terrenos confinantes gozam do direito de preferência previsto no **artigo 1380º**, ainda que a área daqueles seja superior à unidade de cultura”.

2.1.2.8. *A propriedade horizontal*

A propriedade horizontal caracteriza-se pelas situações em que um prédio pertence a uma pluralidade de pessoas, tendo cada uma delas poder sobre uma parte específica da coisa e todas em comum poderes sobre as partes não atribuídas a cada um.

Legisla sobre a propriedade horizontal o Código Civil, o Código de Registo Predial, o Código de Notariado e alguns diplomas de índole administrativa.

Terminologia:

- **Condómino:** cada uma das pessoas a que pertence a propriedade horizontal
- **Fração autónoma:** parte exclusiva que pertence a um condómino
- **Partes comuns:** partes que pertencem em comum a todos os condóminos
- **Condomínio:** conjunto de condóminos

A propriedade horizontal não é a única forma de organização da vida dos edifícios. Podemos, por exemplo, ter um único proprietário que arrenda cada andar. Quando isto acontece, esses andares não são frações autónomas: é uma única propriedade sobre o terreno e o edifício que por acaso tem vários andares que são arrendados em separado. Temos um único direito de propriedade.

Numa propriedade horizontal, temos um prédio repartido em propriedade horizontal sobre o qual vão incidir vários direitos de propriedade.

Problemas:

- Relação entre os poderes de cada condómino e os poderes dos condóminos enquanto conjunto;
- Organização do condomínio para a condução dos assuntos que lhes cabe conduzir enquanto conjunto;
- Regulação da própria estruturação do conjunto de condóminos;

2.1.2.8.1. *Âmbito de aplicação*

A propriedade horizontal pode incidir sobre:

- Edifícios constituídos em unidades independentes (**artigo 1414º**);
- Edifícios contíguos com partes comuns (**artigo 1438º-A**);

Para que um edifício possa ser constituído em propriedade horizontal, é exigido que as partes dos edifícios destinadas a constituírem frações autónomas, tenham condições de ser unidades independentes, distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública.

Tem-se também discutido a possibilidade de se submeter rações de condomínio ao regime da propriedade horizontal, criando-se “sub condomínios”. Na prática, as pessoas sentem esta necessidade, apesar de na lei não existir nada sobre esta questão.

2.1.2.8.2. As partes comuns do prédio – 1421º

Este artigo estabelece quais as partes comuns obrigatórias e quais as que se presumem, também, comuns.

De acordo com o 1421º/1, são comuns as seguintes partes dos edifícios:

- O solo, bem como os alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituem a estrutura do prédio;
- O telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso de qualquer fração;
- As entradas, os vestíbulos, escadas e corredores de uso ou passagem comum a dois ou mais condóminos;
- As instalações gerais de água, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes;

O número 3 do artigo aponta para o facto de, sendo partes comuns, estas poderem ser, pelo título constitutivo, afetadas exclusivamente a um determinado condómino.

Existem algumas dúvidas que podem ser suscitadas:

- As fachadas e os revestimentos exteriores dos edifícios são necessariamente comuns?
- Qual a natureza das varandas afetadas ao uso exclusivo de frações autónomas?
- Quais as instalações de água, eletricidade e outros serviços que são “gerais” para efeitos do artigo 1421º/1, d?

❖ Querela doutrinária

A propósito do nº2, da presunção de espaços comuns, é discutível se esta pode ser ilidível em qualquer meio, ou se só pode ser afastada pelo título constitutivo.

- Ou se ilide apenas pelo título;
- Ou se ilide pelo título e pela natureza das coisas que aponta para o domínio exclusivo: não interessa apenas ver o que consta do título constitutivo, pode recorrer-se a outros meios de prova, nomeadamente a tentar provar-se que determinada zona do edifício está afeta a determinado condómino.

2.1.2.8.3. Título constitutivo e regulamento - 1418º

O **título constitutivo** consiste no negócio jurídico ou na sentença, corporizado num documento, que especifica as partes do edifício que correspondem às várias frações, atribuindo às frações autónomas o seu valor relativo. Não se confunde o ato jurídico com o documento em causa.



Os direitos e deveres dos condóminos são aferidos em função do valor relativo das frações. As frações são dadas em percentagem ou permilagem.

Exemplo: se eu em percentagem tenho 10%, o meu voto vai valer 10% e eu vou contribuir em 10% para as despesas do prédio.

O título constitutivo pode ter um regulamento (**artigo 1418º/2, b**). O **regulamento** é uma parte do negócio jurídico que constitui o título constitutivo, que disciplina o uso, a fruição e a conservação quer das partes comuns, quer das frações autónomas.

Se o título constitutivo não contiver um tal regulamento, os condóminos podem elaborar um regulamento de condomínio, cujo objeto, no entanto, a lei restringe à disciplina do uso, da fruição e da conservação das partes comuns, não podendo, neste caso, abranger as frações autónomas (**artigo 1429º-A/1**).

Temos de pensar da seguinte forma: existem dois tipos de regulamento, um original que consta inicialmente do título constitutivo, e um subsequente, sendo que ambos têm regimes jurídicos diferentes.

O regulamento comum é feito em conjunto com o negócio jurídico do título constitutivo que é elaborado pelo proprietário inicial do prédio. Trata-se da vontade de apenas uma pessoa. Por ser elaborado em conjunto com o negócio jurídico do título constitutivo, este regulamento é registado no registo predial.

O regulamento subsequente é elaborado por deliberação da assembleia. É mais fácil de elaborar e de alterar, suavizando-se o regime rígido do artigo 1418º. É estabelecido não por unanimidade, mas por maioria simples, bastando esta maioria para proceder, também à sua alteração. Este regulamento não é registado no registo predial.

Os preceitos em matéria de título constitutivo e registo predial, prestam-se a críticas e levantam dúvidas sobre questões centrais.

É possível alterar o regulamento que conste do título constitutivo por mera maioria ou é necessária a unanimidade?

A favor da unanimidade joga a sua integração do título constitutivo que, nos termos do artigo 1419º/1, só é modificável por acordo de todos os condóminos. Porém, a maior parte das vezes, o conteúdo desse regulamento não será diferente de outro que não conste do título constitutivo e que é alterável por mera maioria (artigo 1432º/3).

É possível o regulamento alterar as maiorias deliberativas?

Por um lado, a autonomia privada diz que sim, por outro, a tipicidade dos direitos reais aponta para a não alteração do que consta da lei: se a lei não esclarece é um problema para a doutrina e para a jurisprudência.

É possível o regulamento dispor sobre outras matérias que não “uso, fruição e conservação” das partes comuns (e das frações autónomas se se tratar de regulamento original), nomeadamente sobre o funcionamento da assembleia de condóminos?

Dos artigos 1418º e 1429º-A retirar-se-ia que não, mas essa conclusão parece pouco racional e é indiciariamente contradita por, pelo menos, outro preceito, que parece pressupor que o regulamento pode abranger essas outras matérias (artigo 1435º/4).

2.1.2.8.4. Natureza do direito de condomínio

A propriedade horizontal consiste na existência de uma pluralidade de direitos de propriedade sobre um prédio onde exista um edifício, incidindo cada um de tais direitos, isoladamente, sobre uma parte especificada do prédio e sobre as partes comuns do prédio.

Face à posição de parte da doutrina, de que a propriedade horizontal abarca a compropriedade, é importante distinguir a propriedade horizontal da mesma:

- Na propriedade horizontal cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence (1420º/1), enquanto que na compropriedade nenhum dos titulares tem qualquer direito sobre qualquer parte especificada coisa.
- A propriedade horizontal é indivisível (1423º), enquanto a compropriedade é divisível (a412º e 1423º)
- São diferentes os poderes dos comproprietários e os poderes dos condóminos face às partes comuns;
- Os condóminos não gozam de direito de preferência, enquanto os comproprietários têm esse esse direito na alienação dos objetos dos demais comproprietários (1409º e 1423º);

❖ Querela doutrinária

O direito do condômino é um direito de propriedade especial ou é um título autónomo do direito real?

- **Parte da doutrina:** a propriedade horizontal é a soma de duas situações jurídicas distintas: a propriedade individual sobre as frações autónomas e compropriedade sobre partes comuns.
→ A propriedade horizontal não é reconduzível a uma mera soma de situações.
- **Antunes Varela, Pires Lima e Oliveira Ascensão:** A propriedade horizontal seria um direito real novo, ainda que combinando formas preexistentes do direito de propriedade.
- **Carvalho Fernandes:** A propriedade horizontal situa-se fora do direito de propriedade propriamente dito, vendo-o como um tipo autónomo de direito real de gozo.

2.1.2.8.5. Constituição da propriedade horizontal

De acordo com o **artigo 1417º**, a propriedade horizontal pode ser constituída por:

- **Negócio jurídico:** Este pode ser um negócio jurídico unilateral. Frequentemente é o único proprietário que constrói o edifício e, por negócio jurídico unilateral, transforma o seu edifício em propriedade horizontal. Este negócio jurídico pode até ser testamentário. Este tipo de constituição tem de ser celebrada por escritura pública ou escrito particular autenticado (artigo 22º, Dec.-Lei 116º/2008).
- **Usucapião:** A constituição por usucapião é rara, mas não impossível. Esta hipótese levanta problemas de conformidade com a lei do urbanismo. Nomeadamente, a falta de licença de utilização.
- **Decisão administrativa**
- **Decisão judicial proferida em ação de divisão da coisa comum:** Alguma doutrina e jurisprudência têm admitido que a propriedade horizontal também pode ser constituída por sentença proferida em ação destinada à execução específica do contrato promessa;
- **Processo de inventário:** Levanta problemas de conformidade com a lei do urbanismo, nomeadamente, a falta de licença de utilização.

Exemplo: A promotora imobiliária S.A tem, em 2014, um prédio rural. Em 2016, constrói nesse prédio um edifício de 4 andares, com oito focos. Em 2017, o estatuto do prédio alterou-se. Em vez de haver uma propriedade exclusiva sobre o prédio e o edifício, passou a haver uma propriedade horizontal. De um direito de propriedade simples, passam a haver oito direitos de propriedade horizontal.

Artigo 59º, Código Notarial: Os instrumentos da constituição da propriedade horizontal só podem ser lavrados se forem instruídos com documento emitido pela CM comprovativo de que as frações autónomas satisfazem os requisitos legais ou, em certos casos, se for exibido projeto de construção aprovado pela mesma entidade.

O **título constitutivo** é um dos instrumentos da constituição da propriedade horizontal. É o ato jurídico que a constitui e não o documento propriamente dito. De acordo com o **artigo 1418º**, do título constitutivo constam elementos obrigatórios e elementos facultativos:

Elementos obrigatórios:

- Especificação das partes do edifício correspondentes às várias frações;
- Valor relativo de cada fração, expresso em percentagem ou permilagem;

Elementos facultativos:

- Menção do fim a que se destina cada fração;
- Regulamento do condomínio;
- Previsão de compromisso arbitral para resolução de litígios no condomínio;

Artigo 1418º/3: A falta de especificação das frações autónomas determina a nulidade do título constitutivo. O mesmo para não coincidência do fim referido na alínea e) do número 2. Este ponto aponta para a desconformidade entre a

informação que consta do título constitutivo e a autorização de construção e de autorização de imóvel. Pode haver falta de menção. O problema é quando a menção é contrária àquilo que deveria ser.

Exemplo: Numa das oito frações, o título constitutivo diz que a sua utilização se destina ao comércio, quando na realidade está a ser utilizada para habitação. A sanção é a da nulidade.

→ Mediante a nulidade, tratando-se de uma constituição por negócio jurídico, nos termos do **artigo 292º**, pode suceder que só um segmento seja nulo, salvando-se o restante – regime da redução.

2.1.2.8.6. A posição jurídica do condómino

A posição jurídica do condómino divide-se em direitos e deveres.

Direitos:

- **Direito sobre a fração autónoma (artigo 1420º/1):** apesar de se tratar de um direito de propriedade exclusiva, esse direito é claramente menos forte que o direito de propriedade propriamente dito. É assim uma vez que o domínio sobre a fração tem alguns limites:
 - O regulamento do condomínio pode regular a utilização das frações autónomas (**1418º/2, b**).
 - Limitações impostas aos proprietários (**1422º/1**). Ex: relações de vizinhança...
 - **Artigo 1422º/2**
 - **Artigo 1422º/3**
- **Direito sobre as partes comuns (artigo 1420º/1):** Este é um direito absoluto no que toca a terceiros. Obviamente, não é reivindicável contra outros condóminos.
- **Direito de participar na administração do condomínio (artigos 1430º e ss.):** Este direito inclui várias faculdades:
 - Direito de voto nas assembleias do condomínio;
 - Direito de se candidatar a administrador do condomínio;
- **Direito de promover as reparações indispensáveis e urgentes das partes comuns (artigo 1427º):** Este artigo levanta dúvidas, no que toca a saber se a “falta ou impedimento” significam “inexistência e impedimento absoluto” ou se significam “ausência e indisponibilidade, ainda que temporária”.
- **Direito de, em caso de destruição do edifício ou de parte dele que represente três quartos ou mais do seu valor, exigir a venda do prédio e participar na partilha do produto da venda (artigo 1428º/1).**

Deveres:

- **Afetar a sua fração ao fim a que esteja destinada (artigo 1422º/2, c):** sempre que o título constitutivo nada diga acerca do fim da fração, a própria alteração do seu uso carece de autorização da assembleia de condóminos, a ser tomada por maioria de 2/3.
- **Contribuição para as despesas necessárias à conservação das partes comuns (artigo 1424º/1):** São as chamadas despesas “correntes”. O dever da contribuição é, normalmente, feito na proporção do valor das frações autónomas. O regulamento do condomínio pode alterar esta regra e colocar as despesas ao encargo dos condóminos em fações iguais (1424º/2).
Existem regimes especiais no que toca a despesas sobre partes comuns do edifício que apenas servem exclusivamente alguns condóminos. Nomeadamente, as despesas com os ascensores, por exemplo (artigo 1424/3º).
- **Dever de contribuição para despesas com obras (artigos 1425º e 1426º).**
- **Dever de contribuição para um fundo de reserva (DL 268/94 – artigo 4º):** Este dever tem o objetivo de facilitar a conservação dos edifícios em propriedade horizontal. Assim, a lei impõe a constituição de um fundo de reserva destinado a custear essas despesas de conservação.
- **No que respeita a condóminos não residentes no prédio, comunicar o seu domicílio ou o do seu representante (artigo 1432º/9).**

- **Dever de efetuar um seguro (artigo 1429º):** Nomeadamente contra o risco de incêndio. Esta matéria também é regulada pelo DL 268/94 (artigo 5º).
- **Respeitar o título constitutivo (artigo 1422º/2, d):** é vedado aos condóminos “praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo”.
- **Não prejudicar, por ação ou omissão, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício (artigo 1422º/2, a).**

2.1.2.8.7. As obras inovadoras

O regime acerca das obras inovadoras é um regime em que alei é muito pouco sistemática. Existem vários artigos que tratam desta matéria, sendo difícil a sua coordenação.

Artigo 1422º/2, a: É proibido aos condóminos “prejudicar, quer com obras novas, quer por falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício”.

Artigo 1422º/3: Podem ser realizadas obras que modifiquem o efeito estético ou a linha arquitetónica desde que haja uma maioria de 2/3 do valor total do prédio.

Estes dois artigos tratam, em alguns pontos, da mesma questão.

Quando se trata de prejuízo para a segurança, as alterações são absolutamente proibidas. Porém, quando o problema é a linha arquitetónica ou o arranjo estético, temos um regime legal duplo. A alteração entre o número 2 e 3 é principalmente a utilização dos termos “prejuízo” e “modificação”. Se se tratar de “prejuízo” a lei veda a ação, se se tratar de mera “modificação” a questão é discutível. A diferença entre “prejuízo” e “modificação” é desconhecida.

Artigo 1425º: Regra geral, as obras inovadoras têm de ser aprovadas por uma maioria representativa de 2/3 do valor do prédio. Este artigo não é claro quanto ao facto de abranger as obras nas partes comuns ou também nas frações autónomas. A doutrina diverge:

- **Pires de Lima e Antunes Varela** sustentam que só as obras inovadoras nas partes comuns dependem de autorização dos condóminos; é a posição da maioria da doutrina.
- **Rui Vieira Miller** defende que as obras inovadoras são também nas frações autónomas.

2.1.2.8.8. Alterações do título constitutivo

Regra geral, as alterações ao título constitutivo têm de ser unânimes (**artigo 1419º/1**).

Exceções:

- Alterações consistentes na junção de duas ou mais frações do mesmo edifício, desde que as frações a juntar sejam contíguas – não é necessária autorização (**artigo 1422º-A/1, 4 e 5**);
- Alterações consistentes na divisão de uma fração: só é permitida mediante autorização do título constitutivo ou da assembleia de condóminos, aprovada sem qualquer oposição (**artigo 1422º-A/3**);

2.1.2.8.9. Administração do condomínio

A Administração do condomínio é dada por dois órgãos (**artigo 1430º**):

- O administrador;
- A assembleia de condóminos;

O **administrador** é eleito e exonerado pela assembleia de condóminos (**artigo 1435º/1**), sem prejuízo da sua eleição por tribunal (**artigo 1432º/2**).

São elegíveis os condóminos e também terceiros (**artigo 1432º/4**), sendo o seu período de funções de um ano, salvo estipulação em contrário.

Cabe ao administrador representar os condóminos, na medida do seu interesse comum.

O administrador tem capacidade judiciária, quer ativa, quer passivamente. Tem, portanto:

- Legitimidade para agir em juízo contra terceiros e condóminos;
- Legitimidade passiva nas ações respeitantes às partes comuns do edifício;
- Legitimidade para a representação judiciária dos condóminos, contra os quais sejam propostas ações de impugnação das deliberações da assembleia (**artigo 1422º/6**);

São excetuadas da capacidade judiciária do administrador “as ações relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns”, salvo se a assembleia de condóminos deliberar atribuir-lhe poderes para tanto (**artigo 1437º/3**).

As principais funções do administrador estão elencadas no **artigo 1436º**, apesar de existirem outros artigos relevantes. As suas funções, são, portanto:

- Convocar a Assembleia de condóminos;
- Elaborar o Orçamento das receitas e despesas relativas a cada ano;
- Verificar a existência do seguro contra o risco de incêndio, propõe à assembleia o montante do capital do seguro;
- Cobrar as receitas e as despesas comuns;
- Exigir dos condóminos a sua quota-parte de despesas aprovadas;
- Realizar atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns;
- Regular o uso das coisas comuns e a prestação dos serviços de interesse comum;
- Executar as deliberações da assembleia
- Representar o conjunto de condóminos perante as autoridades administrativas;
- Prestar contas à Assembleia;
- Assegurar a execução do regulamento e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio;
- A celebração do seguro do condomínio, quando os condóminos não procedam ao mesmo (artigo 1429º);
- A elaboração do regulamento do condomínio, quando os condóminos não procedam ao mesmo (artigo 1429º-A);
- A publicação das regras respeitantes à segurança do edifício ou conjunto de edifícios;

→ Dos atos do administrador cabe recurso para a assembleia, podendo esta ser convocada pelo condómino recorrente (**artigo 1438º**).

A **Assembleia de Condóminos** consiste num órgão de administração do condomínio, composto por todos os condóminos ao qual compete a administração das partes comuns do edifício. Os condóminos podem fazer substituir-se por procurador. A Assembleia não tem poderes para alterar o título constitutivo.

As deliberações da Assembleia, desde que consignadas em ata, são consideradas “vinculativas tanto para os condóminos como para terceiros titulares de direitos relativos às frações”, **Decreto Lei 268/94**.

As principais funções da Assembleia são:

- Aprovar o orçamento de despesas (143º/1)
- Aprovar as contas (1431º/1)
- Apreciar os recursos dos atos pelo administrador (1438º)
- Eleger e exonerar o administrador (1435º/1)
- Elaborar o regulamento do condomínio, caso o título constitutivo não o contenha (1429º-A)
- Deliberar sobre as inovações (1425º/1)
- Em caso de destruição não radical do edifício, deliberar sobre a sua reconstrução (1428º/2)
- Deliberar sobre o montante da atualização anual do seguro contra o risco de incêndio (DL 268/94)
- Deliberar sobre as obras que modifiquem a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício (1422º/3)

- Deliberar sobre a abertura de contas de depósitos a prazo denominadas “contas-poupanças condomínio” (DL 269/94)
- Fixar sanções pecuniárias para os incumprimentos de deveres pelos condóminos com o limite da quarta parte do rendimento coletável anual das frações dos infratores (1434)
- Dispor sobre compromissos arbitrais relativos a litígios entre condóminos ou entre condóminos e a administração do condomínio (1434º)

Em relação à convocação e funcionamento da Assembleia de condóminos

Regra geral, a Assembleia reúne-se uma vez por ano, na primeira quinzena de janeiro, sob convocatória do administrador, para aprovar as contas do ano anterior e o orçamento do novo ano (**1431º/1**).

À parte disto, a Assembleia pode também reunir-se, extraordinariamente:

- Por convocação do administrador;
- Por convocação dos condóminos, desde que estes representem, pelo menos, vinte e cinco por cento do valor total do prédio, constante do título constitutivo (**1431º/2**)

O valor do voto depende do valor da fração. Não é atribuído por pessoa, mas sim em função do interesse económico, através da percentagem ou permissão que exprima o valor relativo de cada fração (**1430º/2**).

A **convocação** tem de:

- Indicar o dia, a hora, o local e a ordem de trabalhos, devendo indicar quais os assuntos agendados sobre os quais só se pode deliberar por unanimidade, caso os haja (**artigo 1432º/2**);
- Ser feita por carta registada, enviada com dez dias de antecedência ou por outro tipo de escrito, desde que, neste caso, haja recibo de receção (**artigo 1432º/1**);

→ A convocatória pode fixar uma segunda data para o caso de a assembleia não poder deliberar por falta de quórum (**1432º/4**); se não o fizer e a assembleia não deliberar por falta de quórum, considera-se agendada uma nova reunião para uma semana depois, podendo, então, a assembleia deliberar por uma maioria dos votos dos presentes, desde que estes representem, pelo menos, um quarto do valor total do prédio (**1432º/4**).

Quórum: A lei não fixa nenhum quórum constitutivo, porém, o artigo 1432º/3 e 4 é interpretado como que em primeira convocação só é possível deliberar se os votos dos condóminos presentes corresponderem a mais de metade do capital investido.

Deliberações: Em regra, as deliberações são tomadas por maioria dos votos (1432º/3). Porém, para certas deliberações, a lei exige um quórum deliberativo de dois terços do valor total do prédio, ou mesmo que não haja oposição de qualquer condómino (1422º/2, d). Quando se exige unanimidade, poderá bastar a unanimidade dos condóminos presentes, desde que se estejam observados os requisitos do artigo 1432º/5-8:

- Representação de pelo menos 2/3 do capital investido, sob condição de aprovação da deliberação pelos condóminos ausentes;
- As deliberações sejam comunicadas a todos os condóminos ausentes por carta registada com aviso de receção, no prazo de 30 dias;
 - ➔ Os condóminos têm 90 dias após a receção da carta para comunicar por escrito à assembleia de condóminos, o seu assentimento ou a sua discordância, sendo que o silêncio é tido como aprovação.

Atas: Devem ser lavradas atas das reuniões da iniciativa de quem tenha servido de presidente, assinadas por todos os participantes (**artigo 1º/1, DL 268/94**).

Anulação e revogação de deliberações: As deliberações contrárias à lei ou ao regulamento são anuláveis, a requerimento de qualquer condómino que não as tenha aprovado, no prazo de 60 dias a contar das mesmas (**1433º/1 e 4**). A assembleia de condóminos tem poderes para revogar deliberações inválidas ou ineficazes. No caso de ser

convocada reunião extraordinária da assembleia para o fim em causa, o prazo para requerer a anulação é de 20 dias a contar da mesma.

O regime de assembleias de condóminos é um regime extremamente lacunar. Para preencher estas lacunas temos duas hipóteses:

- Preenchê-las por analogia de acordo com o direito das associações;
- Preenchê-las por analogia aplicando o regime das sociedades comerciais;

Na prática, o regime das associações também não é devidamente detalhado, daí que se preferia o regime das sociedades comerciais.

Recurso a tribunal: A representação judiciária dos condóminos contra quem são propostas as ações compete ao administrador do condomínio, a não ser que a assembleia de condóminos designe outra pessoa para esse efeito **(1433º/6)**.

2.1.2.8.10. A natureza jurídica do condomínio

O condomínio não é dotado de personalidade jurídica. Porém, apesar de não termos uma pessoa coletiva, temos organicidade, característica típica das pessoas coletivas. Temos, inclusive, um órgão com poderes de representação em juízo – o administrador.

O Código de Processo Civil atribuí ao condomínio a chamada personalidade judiciária: capacidade de ser parte num processo.

Personalidade jurídica rudimentar: Paulo Cunha e Manuel de Andrade fazem a distinção entre personalidade jurídica plena e personalidade jurídica rudimentar. Paulo Cunha utilizou esta expressão para designar os “entes a que a lei recusa capacidade de gozo de direitos privados, mas atribui capacidade de gozo de direitos processuais”. Manuel de Andrade converge a este pensamento dizendo que “pode admitir-se sem constrangimento, ao lado de uma personalidade coletiva plena, uma personalidade coletiva limitada ou fracionária – uma personalidade que só se manifesta e vale em certa ou certas direções”. Deste modo, quando dizemos que o condómino tem personalidade judiciária, estamos a falar de personalidade jurídica rudimentar.

2.1.2.8.11. Outras formas de organização da propriedade coletiva privada

A propriedade horizontal é a forma mais frequente de propriedade sobre um edifício. Porém, esta não é a única forma de trabalhar com edifícios em direito privado.

São também formas possíveis de organização da propriedade coletiva privada sobre edifícios:

- A constituição de uma sociedade;
- A constituição de uma cooperativa de habitação;
- A existência de um direito real de habitação periódica – trata-se de um direito real menor de gozo;
- Regime dos empreendimentos turísticos;
- Contratos meramente obrigacionais;

2.1.2.9. O registo predial

Os registos públicos dos imóveis são atualmente indispensáveis ao desenvolvimento social. Isto porque contribuem para determinados aspetos que lhe conferem esta importância.

O registo predial contribui, por exemplo, para a garantia do direito de propriedade, para a tributação da riqueza imobiliária, para a garantia do crédito, para a eficácia prática das decisões judiciais relativas a imóveis, entre outros.

O nascimento do registo predial esteve ligado à evolução da hipoteca. Começou-se com uma lei hipotecária em 1836, que acabou por evoluir para um código de registo predial sobre todos os imóveis. O atual código foi muito

alterado, o que demonstra, por um lado, a falta de ideias consensuais de política legislativa e por outro a grande relevância do assunto.

Em Portugal existem vários registos públicos de imóveis para além do registo predial, nomeadamente as matrizes prediais – relevantes para aspetos fiscais – e o cadastro predial – relacionado com a cartografia do território. Porém, esses vários registos coexistem de forma descoordenada. Mesmo o próprio código de registo predial só cobre, e mal, uma parte da realidade.

2.1.2.9.1. Fins e objeto do registo predial

Artigo 1º

Fins do registo

O registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário.

Efeitos do registo:

- **Efeito transmissivo/constitutivo:** É o próprio registo que gera a transmissão ou constituição do registo predial. Pode ser um efeito constitutivo total (o ato gerador do registo é o próprio registo) ou parcial (a transmissão inicia-se com um negócio jurídico e transmite-se com o registo).
- **Efeito enunciativo ou declarativo:** Tem a função de mera publicidade de efeitos transmissivos e constitutivos decorrentes de factos anteriores. Por exemplo, o contrato de compra e venda transmite-se pelo contrato, sendo que o registo publicitará esse facto.
- **Registo como condição de eficácia perante terceiros:** Condição de oponibilidade perante terceiros. O registo condiciona relativamente a terceiros, os efeitos transmissivos e constitutivos de factos anteriores.

Em Portugal não vigora o princípio do modo, mas sim o princípio do tipo. Assim, a maioria da doutrina entende que não existe efeito constitutivo-transmissivo dos direitos reais, mas há exceções, como é o caso da hipoteca (**artigo 4º/c, CRPredial**).

Objeto do registo:

O objeto do registo predial são factos e não direitos. Por exemplo, numa situação jurídica de direito de propriedade e em que o facto é a compra e venda que originou um direito de propriedade, o que está sujeito a registo é a compra e venda. O registo é constituído por factos, independentemente de que esses factos estejam descritos pela lei com recurso aos seus efeitos jurídicos.

2.1.2.9.2. Princípios orgânicos

- **Caráter estatal:** O registo predial é levado a cabo pelo Estado, por serviços estatais designados por “conservatórias de registo predial” que são serviços externos da Direção-Geral dos Registos e do Notariado.
- **Base real:** O registo está organizado em função dos prédios; por cada prédio há uma ficha que contém a descrição física, económica e fiscal do mesmo (**artigo 79º CRPred**).
- **Descentralização:** O registo predial está organizado descentralizadamente, ou seja, há uma conservatória por cada circunscrição territorial, não havendo um registo central. Na sede de cada conselho há uma conservatória, podendo, quando o volume de serviço o justifique, haver mais de uma conservatória na área de cada conselho.

Apesar de nem sempre ter sido assim, atualmente, “os atos de registo predial podem ser efetuados e os respetivos meios de prova obtidos em qualquer serviço do registo predial, independentemente da sua localização geográfica”, o que veio atenuar muitos dos efeitos negativos da descentralização, isentando os cidadãos de muitos dos incómodos dela resultantes.

Princípios a que o sistema português de registo predial obedecendo ponto de vista funcional.

Princípio da obrigatoriedade direta e indireta

Os registos podem ser obrigatórios ou facultativos. São obrigatórios quando a lei estabelece uma sanção para a falta de registo, e facultativos quando não o faz. Quando são facultativos, os registos surgem como um ónus, de modo que apesar de não ser obrigatório, a não realização do registo constitui uma desvantagem.

Por obrigatoriedade direta do registo se entende a obrigação de levar ao registo os factos listados no CR Predial e não todas as situações relativas a prédios. Se eu for proprietária, isso não constitui um facto registável, o que é registável é eu transmitir a minha propriedade.

A obrigatoriedade direta não se dirige aos sujeitos dos factos registáveis, mas sim às entidades que lhe dão forma, como os notários, os tribunais, as conservatórias...

A obrigatoriedade indireta resulta:

- Dos factos de que resulte transmissão de direitos ou constituição de encargos sobre imóveis não podem ser titulados sem que os bens estejam definitivamente inscritos a favor da pessoa de quem se adquire ou direito ou contra quem se constitui o encargo (**artigo 9º, CR Predial**);
- De, salvas algumas exceções, não poderem ser lavrados instrumentos de constituição ou transmissão de direitos sobre prédios se os mesmos não estiverem inscritos a favor do constituinte ou alienante do direito (**artigo 54º/2 e 3, Código de Notariado**);
- De os factos sujeitos a registo só produzirem efeitos contra terceiros depois da data do respetivo registo (**artigo 5º, CR Predial**);

Princípio da oficiosidade

Este princípio opõe-se ao princípio da instância que vigorou até 2008. De acordo com este princípio, a inscrição dos factos sujeitos a registos dependia da iniciativa de quem tem legitimidade. Assim, por exemplo, o tribunal só agia a pedido das partes.

Por contraposição, o **artigo 8º-B do CR Predial** atribui o dever de promover o respeito dos factos às entidades no mesmo descritas. Nomeadamente as entidades que celebrem a escritura, autentiquem os documentos particulares ou reconheçam assinaturas neles apostas ou, quando tais entidades não intervenham os sujeitos ativos do facto sujeito a registo.

Este aspeto não retira aos sujeitos dos factos submetidos a legitimidade para pedir o registo. Aliás, de acordo com o **artigo 8ºB/5** “a obrigação de pedir o registo cessa no caso de este se mostrar promovido por qualquer outra entidade com legitimidade. Uma vez que o **artigo 36º** assume como legítimos para pedir registos “os sujeitos, ativos ou passivos, da respetiva relação jurídica e, em geral, todas as pessoas com interesse ou que estejam obrigadas à sua promoção”, isto quer dizer que também vale o pedido de registo por aqueles que não têm diretamente dever de o promover.

Princípio da tipicidade

Apenas estão sujeitos a registo os factos tipificados na lei por referência aos seus efeitos jurídicos. São eles os fatos que se relacionam com:: (**artigos 2º e 3º do CR Predial**):

- Posse
- Pactos de preferência
- Direitos reais de gozo
- Hipoteca
- Penhor
- Impugnação pauliana
- Ações que tenham por fim o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos anteriores

Princípio da legalidade

O princípio da legalidade relaciona-se com o poder/dever que o conservador do registo predial tem de recusar os pedidos de registo que não se conformem com a lei.

A apreciação dos pedidos é feita tanto do ponto de vista da legalidade formal, como do da legalidade substancial (**artigos 68º e 69º do CR Predial**).

A este propósito existem uma distinção entre dois sistemas registrais:

- **Mera transcrição:** o conservador recebe os documentos e a informação e automaticamente isso fica a constar do registo predial sem fazer qualquer controlo da legalidade.
- **Controlo ou Homologação:** sistema que joga com o princípio da legalidade. Tem o poder de controlo da legalidade. O conservador olha para os documentos, vê o que não está em conformidade com a lei e pede aos respeitantes para lá se dirigirem para resolver. Só verificada a legalidade plena é que passa a haver registo. Até lá, só se tem um registo provisório.

Princípio do trato sucessivo

A efetuação de cada registo de aquisição ou oneração depende do registo prévio de aquisição por parte do transmitente ou constituinte de encargo (**artigos 9º e 34º, CR Predial**). Cada registo de aquisição é um elo de uma cadeia e só é definitivamente acolhido nessa cadeia se quem nele figura como transmitente estiver acolhido como titular do direito transmitido.

O princípio do trato sucessivo só abrange as aquisições e onerações, deixando de fora outros factos sujeitos a registo e que mesmo em relação às aquisições, a lei admite exceções quanto ao princípio do trato sucessivo. São elas:

- O registo de ações: já não tem que se observar o trato sucessivo. O conservador regista a ação ainda que este princípio não esteja observado. A lógica é que, por exemplo, ainda que E seja o verdadeiro proprietário, A, B e C tentaram registar a sua terra. E, opondo-se a A, B e C pode apresentar uma ação contra os mesmos sem que seja necessário o trato sucessivo.

Há pessoas que põe ações judiciais para inscrever ações sobre, pro exemplo, uma propriedade mesmo que esta não seja sua. Assim, o verdadeiro proprietário terá mais dificuldade em vendê-la, por exemplo, porque a propriedade terá sempre inscrito o ónus da ação contra ela.

- Artigos 116º e 118º: é possível proceder a um registo através de justificação notarial ou pelo conservador, sem verificar o trato sucessivo. Os notários e os conservadores podem realizar um procedimento administrativo que é um procedimento de justificação. O que acontece nestas situações é que as pessoas podem dirigir-se a um notário ou conservador com duas ou mais testemunhas e dizer que, através da prova testemunhal, são os verdadeiros proprietários do prédio. São situações em que joga a usucapião. Se o notário ou o conservador ficarem convencidos com o depoimento das testemunhas, reconhecem que há uma aquisição por usucapião sem verificação do trato sucessivo. Através destes procedimentos administrativos de justificação, é possível registar um direito real sem ser por uma transmissão, mas sim com base em testemunhas.
- Registo do arresto, da penhora e da apreensão em insolvência (119º): O procedimento em causa consiste essencialmente na citação do titular inscrito para declarar se o bem lhe pertence. A resposta positiva determina que não haja registo definitivo e que os interessados devem discutir judicialmente a sua titularidade; a resposta negativa e o silêncio determinam que tenha lugar o registo definitivo.

Princípio da prioridade (artigo 6º)

Se vários direitos registados forem incompatíveis, prevalece, por regra, o registado em primeiro lugar. Esta regra é essencial no registo predial para conferir segurança.

Porém, as regras do registo predial não são as únicas regras vigentes. Existem também regras do código civil que não jogam bem com este princípio e que prevalecem sobre as regras de registo predial para a maioria da Doutrina e do Registo Predial.

Releva o regime do registo provisório (artigo 6º/3). Os registos podem ser provisórios por força de dúvidas que levantem ao comprador por força da sua natureza ou por ambas as razões. São pedidas como provisórias por natureza as inscrições previstas no **artigo 92º do CR Predial**, das quais elevam as ações judiciais, a constituição de propriedade horizontal, a aquisição antes da celebração do contrato respetivo, a hipoteca voluntária antes do negócio respetivo, a penhora, o arresto e a declaração de insolvência e as inscrições dependentes de qualquer registo provisório ou que com ele sejam incompatíveis.

Tais registos provisórios permitem aos adquirentes e aos concedentes de crédito hipotecário ter a certeza de que os seus direitos não serão afetados por factos ocorridos após as suas decisões de adquirir ou de conceder crédito e antes da data de requisição dos registos definitivos.

O registo provisório convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório (**artigo 6º/3, CR Predial**).

Exemplo: Um contrato de promessa é feito dia 1/3. O contrato propriamente dito é feito no dia 1/4. O registo é feito dia 1/5. Só passado um mês do contrato propriamente dito é que se teria a segurança do registo a nosso favor. Com base no contrato-promessa consegue fazer-se um registo provisório que permite ganhar segurança registral retroativamente a um momento anterior ao do contrato propriamente dito.

A prioridade garantida pelo registo provisório pode referir-se a um momento anterior ao do negócio transmissivo ou constitutivo que estiver em causa?

- Razão de ser do registo provisório: sim
- Regra do artigo 408º/1: não

2.1.2.9.4. Factos sujeitos a registo

O objeto do registo são factos e não direitos. Nos artigos 2º e 3º encontra-se a generalidade dos factos sujeitos a registo, sendo eles:

- Usufruto
- Servidão
- Uso
- Habitação
- Superfície
- Propriedade

Porém, não estão aqui todos os factos dos quais emergem direitos reais. Ficam em falta alguns não sujeitos a registo:

- Os factos relativos à usucapião, que prevalece sobre o registo
- Os factos relativos a servidões aparentes – se a servidão é aparente ela não é necessária a inscrição registral, ela publicita-se.
- Os factos relativos a bens indeterminados, enquanto esses não forem devidamente especificados e determinados.

Para além destes dois factos, existem ainda os direitos reais de garantia oculta: privilégios preditórios e o direito de retenção, que não têm de estar registados não obstante a oponibilidade erga omnes.

- **Efeito enunciativo/declarativo:** de acordo com este efeito, o registo predial apenas daria a mera publicidade às transmissões reais (artigo 1, RP). A questão que se coloca é se todo este sistema registral em que o Estado gasta os seus recursos, serve apenas para dar publicidade e para dar um efeito meramente enunciativo, ou poderá haver efeitos mais fortes que este?
- **Efeito constitutivo/transmissível:** o efeito é constitutivo ou transmissivo quando, em alguma medida, a constituição ou transmissão de direitos reais é um conjunto de atos que se inicia com um negócio jurídico e termina com o registo. Não apenas o contrato do negócio jurídico releva para a constituição de direitos reais, mas também o registo é importante para ter o facto jurídico de constituição ou transmissão de direitos reais. O registo é um dos atos do processo. Este efeito constitutivo não é a regra vigente no direito português. Em Portugal, vigora o sistema do título, isto é, a regra é um sistema em que a propriedade se transfere com o contrato, pelo que o registo não tem efeito constitutivo ou transmissivo.

Embora a regra não seja esta, há exceções:

- **Artigo 4º, RP e 687º, CC: a hipoteca** - significa que os factos constitutivos da hipoteca não produzem efeitos reais entre as próprias partes enquanto não for registado. Os efeitos jurídicos reais para terceiros e para as próprias partes não surgem com o negócio jurídico, mas com o registo.
- **Artigo 17º/2, RP: situações em que há um registo viciado (nulo)** - Nestas hipóteses, mesmo assim, os terceiros de boa-fé que tenham adquirido direitos a título oneroso, podem fazer prevalecer os seus direitos.

Exemplo: A transmite a B. O registo era nulo, mas B acreditou por isso adquiriu a propriedade confiando na inscrição registral. Nestas situações, B pode fazer prevalecer o seu direito. A propriedade não foi adquirida por força do negócio jurídico que era nulo, mas por força do registo mediante o **artigo 17º/2**.

- **Efeito de oponibilidade perante terceiros:** De acordo com este efeito, o registo seria condição de eficácia perante terceiros. Isto traduzir-se-ia em dois atos:

1. um negócio jurídico
2. posteriormente, o registo (processo de constituição de direitos reais)

De acordo com o efeito de oponibilidade, esta só surge no momento do registo. Com o negócio temos os efeitos obrigacionais e o efeito real interno e com o registo temos o efeito real externo. Se o registo tem um efeito de oponibilidade perante terceiros, isso significa que o negócio jurídico e o contrato de compra e venda têm, para além de efeitos obrigacionais, efeitos reais na faceta interna dos direitos reais (**artigo 5º/1, RP**). O **artigo 5º/4** adota um conceito restritivo de terceiros: nem todos os intervenientes ou interessados são considerados terceiros para efeito da lei. Havendo um conceito restritivo de terceiros, em determinadas situações só com o registo é que há oponibilidade, mas para os outros terceiros que não cabem neste conceito a oponibilidade a oponibilidade surge logo com o negócio jurídico. Assim, no momento do registo há oponibilidade para os terceiros do artigo 5º/4, enquanto todos os demais terceiros têm oponibilidade no momento do negócio jurídico.

- **Efeito consolidativo:** É por haver uma lei confusa que alguma doutrina utiliza esta expressão de efeito consolidativo (Oliveira Ascensão). Face à lei vigente, a oponibilidade erga omnes surge sempre no momento do negócio jurídico, e no momento do registo há uma consolidação desse direito.
- **Efeito presuntivo (artigo 7º, RP):** Trata-se da presunção de existência do direito registado. O registo incide sobre factos que constituem direitos reais. Se eu tenho registado o facto constitutivo da propriedade, presume-se que eu sou proprietária. Se eu não juntasse a certidão do registo predial, teria problemas muito maiores. Numa ação de reivindicação, o efeito presuntivo do registo é

extremamente útil e importante. Quem consegue provar que é possuidor, essa posse também tem um efeito presuntivo da propriedade (**1268º, CC**).

Exemplo - 1268º/1: C tem registo em seu nome há 10 anos e B anda na propriedade. Na contestação, C tem presunção registral com 1 anos e B tem a posse há 12 anos – a presunção e propriedade de B é maior. Se há presunção derivada do registo, não é preciso fazer prova. Para prova servem recibos de pagamentos de IMI, eletricidade...

“A eficácia, em geral, seja entre as partes, seja nas relações das partes com terceiros, bem como ainda nas relações entre terceiros, dos factos sujeitos a registo, não depende da efetuação do mesmo; excetuam-se os casos em que duas pessoas tenham adquirido outros direitos incompatíveis entre si, casos em que prevalecerá o direito inscrito em primeiro lugar. Daqui resulta que o adquirente de um direito real sujeito a registo pode opô-lo à generalidade das pessoas, mas só pela realização do registo fica protegido contra a possibilidade de outra pessoa adquirir do mesmo alienante um direito incompatível. Daí que muitas vezes se recuse em falar de um efeito de oponibilidade, mas sim de um efeito consolidativo ou confirmativo”.

- **Efeito de legitimação (artigo 9º/1):** a transmissão de direitos reais depende de prévia inscrição a favor do alienante ou constituinte de direitos reais no registo predial.

2.1.2.9.5.1. Efeitos da oponibilidade a terceiro

O artigo 408º do CC dá a entender que temos um puro sistema de título. Porém, se olharmos para o **artigo 5º do registo predial**, aqui já se considera que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respetivo registo. Isto parece querer dizer que o artigo 408º é limitado pelo artigo 5º do código de registo predial.

Situação 1: dupla alienação (voluntária): situações em que A vende a B e pouco depois vende a C e em que a alienação ou oneração é voluntária. Torna-se curioso quando A vende primeiro a B e depois a C, mas C regista em primeiro lugar e B ou não regista, ou regista em segundo lugar. O problema é que se olharmos só para o código Civil, a situação seria resolvível de acordo com o artigo 408º, segundo o qual, a transferência de direitos reais se dá pelo contrato. Assim, ao vender a B, a propriedade foi transmitida de A para B. Assim, quando A vendeu a B, já não vendeu absolutamente nada, porque a propriedade já era de B – venda de bens alheios (nula). A segunda alienação é, portanto, ineficaz por força no artigo 408º.

Se olharmos para o código de registo predial, de acordo com o artigo 5º do mesmo, a oponibilidade perante terceiros só surge com a inscrição registral. O B, por não ter registado, não criou oponibilidade perante terceiros, logo perante C. Se C registou em primeiro lugar tem que estar protegido face a B, que não tinha oponibilidade perante terceiros. Chega-se à seguinte conclusão que não está estatuída no artigo 5º: se o C registou em primeiro lugar, ele vai adquirir a propriedade por força do registo – trata-se de uma aquisição potestativa por força da lei (ope legens). Assim, se o segundo adquirente regista em primeiro lugar, resulta do artigo 5º que os terceiros que beneficiam do registo passam a ser os proprietários. Isto é pacífico na doutrina portuguesa.

Situação 2: dupla alienação (não voluntária): situações em que A vende a B e depois não vende voluntariamente ao C. O que acontece é que o C, que é um credor e não foi pago pelo A, inicia um processo executivo e adquire os bens de A através da penhora. Nestas situações também há o problema da realidade do Código Civil e da regra registral conforme. O bem está a ser onerado por penhora não por ato voluntário de A, mas contra a sua vontade. É o seu credor que em tribunal força a penhora. De acordo com o Código Civil, a propriedade já estava no B, mas de acordo com o artigo 5º do RP, a oponibilidade perante terceiros depende do registo. Assim, se tivéssemos apenas o artigo 5º, C prevalecia perante B, mesmo em situações de ato não voluntário. Porém, há que considerar o artigo 5º/4 que se destina a tentar afastar a utilização do 5º/1 neste tipo de situações. O que acontece é que na escola de Coimbra, desde cedo, se defenderam conceções restritivas de terceiro de forma a apenas abarcar estas situações e deixar de fora da proteção do registo predial as situações não voluntárias. Isto começou com Guilherme Moreira, Manuel de Andrade e Orlando de Carvalho. Orlando de Carvalho não quer proteger os credores em geral e a banca. Na situação 1 temos

duas pessoas que pagaram o preço, nesta situação, não temos o confronto entre duas pessoas que pagaram o preço: temos o confronto entre uma pessoa que pagou o preço e outra que é credora e está a penhorar. Nestas situações, para estes autores, não se quer proteger C face ao B. A *law in action* funciona da seguinte forma: de início, o Código de RP não tinha o dito nº4. Havia problemas de interpretação do artigo 5º/1, fazendo a escola de Coimbra uma interpretação restritiva, e a escola de Lisboa considerando o amplo do conceito de terceiro. Em 1997 surge um assento. Dois anos depois, surge um acórdão uniformizador de jurisprudência que revoga o primeiro e que dá razão à escola de Coimbra. Nessa sequência, o Código de registo predial é alterado, incluindo-se o nº4 no nº5, tentando dar-se apoio legal ao acórdão uniformizador de jurisprudência.

Terceiros, para efeitos de registo são aqueles que tenham adquirido (voluntariamente) de um autor comum, direitos incompatíveis entre si.

Situação 2.1: dupla alienação não voluntária com alienação subsequente: A vende ao B e o B não regista. Há uma penhora de C a favor de A. Na sequência da penhora há uma alienação de C a D. A penhora continua a ser um ato não voluntário, mas a alienação que da mesma decorreu é. A *law in action* é favorável à Escola de Coimbra. O caso nº1 é de oponibilidade perante terceiros, mas o segundo já não é. Neste caso, de novo temos uma tendência para aplicar a escola de Coimbra, mas a jurisprudência já não é tão clara.

Alguma doutrina de Lisboa estabelece um requisito acrescido para o funcionamento desta aquisição a favor de C: requisito da boa-fé. C só pode adquirir se estiver de boa-fé. Na letra do artigo 5º não há qualquer referência à boa-fé. A única coisa exigida é quem registou primeiro.

Situação 3: Alienação sucessiva: situações em que A vende a B e B vende a C. Os problemas que daqui se originam são o facto de o C registar, mas depois de o fazer o A dizer o seu contrato é simulado. Se não existisse o 291º do CC, estas situações seriam reguladas pelo artigo 5º/1, porque o C também é um terceiro face a A. Existindo o artigo 291º, quando a aquisição de C não é onerosa, C já não está protegido. C tem que provar que está de boa-fé. A lei aponta ainda como aspeto relevante a existência ou não existência do registo da ação de nulidade ou anulação. Para além do registo da propriedade de B e de C, a determinada altura, A tem que fazer um registo da ação de nulidade ou anulação. Se a ação de nulidade é anterior ao registo de C, prevalece a posição de A. Se a ação de nulidade é posterior ao registo do C, mas ainda não passaram 3 anos, prevalece o A. Esta ideia de que o registo é posterior mas ainda não passaram 3 anos é completamente desconforme com o registo predial.

A posição da escola de Coimbra faz com que tenhamos que distinguir dois tipos de terceiros:

- Terceiros protegidos pelo registo predial (o registo é condição de oponibilidade)
- Terceiros não protegidos por registo predial (o registo não é condição de oponibilidade)

A alienação sucessiva é completamente diferente dos casos anteriores. Também existem terceiros, mas existe uma norma especial que regula este caso. Se for uma alienação sucessiva não se resolve com base no artigo 5º do registo predial, mas sim com base nas regras especiais do artigo 291º.

Artigo 291º, CC: A vende a B e B vende a C. Depois A vem dizer que o seu negócio foi simulado. Coisas a ter em atenção e que são distintas da aplicação do artigo 5º, CRPred.:

- C só é protegido se for uma aquisição onerosa;
- C tem que provar que está de boa-fé;
- **291º/2:** C é desprotegido ainda que tenha registado o seu direito antes de ser registada a ação de nulidade, desde que não tenham passado 3 anos sobre o negócio jurídico inicial.
 - Antes de C registar a aquisição, A regista a ação de nulidade, então A prevalece.
 - C regista, mas a ação de A é proposta e registada nos três anos posteriores ao seu negócio jurídico. Mesmo que o C tenha registado em primeiro lugar, este não é protegido porque ainda não passaram três anos. Isto não joga bem com os princípios do artigo 5º do Registo Predial.

- Se o C registar em primeiro lugar e o A registar a ação de nulidade em segundo, mas já passaram mais de três anos sobre o negócio jurídico. Aqui já não protegemos o A, mas sim o C.

2.1.3. A propriedade sobre as águas

O direito de propriedade sobre águas será cada vez mais importante. Durante muito tempo foi uma questão de província, mas com o aquecimento global, voltará a ser cada vez mais importante. Os direitos privados sobre água serão cada vez mais limitados em prol da escassez da água.

Esta matéria é marcada pela clivagem tradicional entre direito público e direito privado. Há águas que estão reservadas a um domínio público e outras a domínio privado.

Nos termos do **artigo 204º/b**, as águas são consideradas imóveis. Estas águas não são todas e quaisquer águas: são as aguas em corrente ou depósito natural e as águas como aglomerados. Se eu tirar uma porção de água e a destacar desse aglomerado de águas já não tenho um imóvel.

Artigo 1387º: Os direitos reais sobre águas inclui a propriedade sobre os leitos, as margens, as construções destinadas à captação das águas, ao armazenamento das águas...

Artigo 1386º: são **águas privadas** as existentes em prédios, quer à superfície, quer no subsolo. O que está neste artigo não é para levar a sério, uma vez que isto não está em completa consonância com a constituição.

A CRP, no **artigo 86º/a** diz que pertencem ao domínio público:

- As águas territoriais
- Os lagos, as lagoas, cursos de água fluviáveis
- ➔ Se um lago, lagoa ou o que for passar num prédio, não deixa, por isso, de ser água pública

2.1.3.1 Regime das águas

- **Autonomia das águas relativamente aos prédios:** no artigo 1389º diz que há terceiros que podem adquirir direitos das águas, ou seja, o direito de propriedade sobre as águas não tem de caber ao titular do direito de propriedade sobre o prédio onde as mesmas se encontram, podendo a titularidade sobre o prédio e sobre as águas surgir dissociada. Isto porque há um direito de propriedade do prédio, e há outro direito real autónomo sobre as águas - são direitos reais distintos.
- **Distinção de propriedade de águas em prédio alheio e servidões de águas:** É diferente ser-se proprietário de águas de um prédio de que não se é proprietário e ter servidão de águas. Neste caso, o servidor de águas não é seu proprietário: tem um direito sobre as águas, mas existe também um lado passivo constituído por seus deveres.
- **Direitos dos donos dos prédios onde existem fontes e nascentes:** O dono do prédio tem o direito de uso, salvo propriedade ou servidão de terceiro (**artigo 1389º**). Todavia, o uso das águas pelos habitantes de uma povoação, durante 5 anos, impede o proprietário de mudar o curso das águas (**artigo 1392º**).
Exemplo: eu sou proprietário do prédio e utilizo as águas. Apesar de não ter atribuído direitos a terceiros, os habitantes de uma povoação próxima utilizam-na há cinco anos. Eu não posso alterar o curso da água. Tenho, no entanto, direito a indemnização. Isto acontece enquanto não houver aquisição das águas por terceiros.
Nota: posso através da usucapião adquirir um direito real sobre as águas, mas para isso tenho de fazer obras visíveis e permanentes que refiram à captação. Se há um prédio que tem uma fonte utilizada pela população há mais de cinco anos, isso significa que o proprietário não pode desviar o curso da água, impedindo o acesso. Mas se a população fez obras na fonte aqui temos obras visíveis de captação e ao fim de algum tempo isso dá direito de direito real da população sobre a fonte (**artigo 1390º/2**)

- **Direitos dos donos de prédios inferiores:** Quando a gravidade transporta as águas para prédios inferiores, os donos dos prédios inferiores podem utilizar as águas que se encaminhem para os seus prédios. Ainda assim, a privação da água pelo proprietário do prédio superior não constitui qualquer violação de direito (**artigo 1391º**).
- **Direitos dos donos de prédios sobre águas subterrâneas:** Quando a gravidade transporta as águas para prédios inferiores, os donos dos prédios inferiores podem utilizar as águas que se encaminhem para os seus prédios. Ainda assim, a privação da água pelo proprietário do prédio superior não constitui qualquer violação do direito (**artigo 1391º**).
- **Direitos dos donos de prédios sobre águas subterrâneas:** O dono do prédio tem direito a procurar águas. De acordo com o **artigo 1394º**, em princípio, a diminuição de caudal por causa de furos, não gera a indemnização de terceiros nem constitui violação de direito de terceiros, exceto se a captações e fizer por meio de infiltrações provocadas e não naturais. Este direito de procurar águas tem como limite a fonte ou o reservatório público: não se pode fazer furos se com isso determinar a diminuição de uma fonte ou reservatório público.
- **Condomínio de águas (artigos 1398º e ss):** No condomínio de águas temos uma contitularidade do direito de propriedade sobre águas: condomínio de águas. Há um dever de contribuição para as despesas de conservação, sendo que as águas com regime estável devem continuar a ser divididas da mesma forma.

2.1.4. A propriedade sobre móveis

2.1.4.1. Modalidades de aquisição

As modalidades de aquisição de coisa móvel mais relevantes são, para além dos demais métodos de aquisição de propriedade, a:

- Ocupação
- Acessão mobiliária
- Transmissão

2.1.4.1.1. A ocupação

A ocupação respeita apenas a móveis. Na altura dos descobrimentos, a ocupação era uma forma de ocupação sobre imóveis. Hoje em dia, só se adquirem por ocupação bens móveis: bens sem dono e os produtos da caça e da pesca que, mesmo assim, têm regimes especiais.

2.1.4.1.2. A acessão mobiliária

A acessão imobiliária é sempre industrial, isto é, produto do trabalho humano e não natural. Os casos de verdadeira acessão mobiliária têm em comum serem casos de união de coisas, cuja separação deixa de ser possível, ou pelo menos, de ser possível sem detrimento de alguma delas, e portanto, prejuízo para o seu dono.

A lei distingue a:

- **Acessão mobiliária de boa-fé (artigo 1333º):** Se alguém, de boa-fé, unir ou confundir objeto seu com objeto alheio, de modo que a separação deles não seja possível ou, sendo-o, dela resulte prejuízo para alguma das partes, faz seu o objeto adjunto o dono daquele que for de maior valor, contanto que indemneze o dono do outro ou lhe entregue coisa equivalente. Nos casos em que o valor seja igual, aplica-se o nº2 do artigo.

- **Acessão mobiliária de má-fé (artigo 1334º):** Se a união ou confusão tiver sido feita de má-fé e a coisa alheia puder ser separada sem padecer detrimento, será restituída a coisa a seu dono, sem prejuízo de indemnização por qualquer dano causado. Se a coisa não puder ser separada, o dono da coisa pode:
 - Adquirir a coisa do adjuntor pagando um valor calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa;
 - Receber o valor da sua coisa e ser indemnizado pelo dano excedente;
- **Acessão mobiliária não intencional (artigo 1335º):** Se a adjudicação operar de forma casual e as coisas adjuntas não puderem separar-se sem detrimento de alguma delas, ficam pertencendo ao dono da coisa mais valiosa, que pagará o juto valor à outra. Se este não quiser a coisa, assiste direito semelhante ao dono da coisa menos valiosa. Se ambas as coisas forem de igual valor, prevalece o critério da acessão imobiliária de boa-fé. Se nenhum quiser ficar com a coisa, a coisa será vendida e cada um receberá uma parte do preço proporcional ao valor da sua coisa.

2.1.4.1.3. A transmissão

Quanto à transmissão, vigora o princípio da consensualidade (artigo 408º), sendo que a propriedade se transfere por mero efeito do contrato. A transmissão da posse (tradicio), não tem um efeito transmissivo.

O princípio da consensualidade aponta para a transmissão da propriedade como o consenso e não com a tradição da coisa, por regra. Face ao artigo 408º, aplicado a moveis e imoveis, não vigora a regra de que a posse dos bens móveis vale título. É pela detenção de um bem móvel que se afigura quem é o proprietário.

Exceções ao princípio do consensualismo:

- Cláusula de reserva de propriedade (409º): a propriedade não é logo transmitida, só é transmitida com outros fenómenos, geralmente o pagamento do preço.
- Bens móveis sujeitos a registo: podemos distinguir se a propriedade se transmite por mero efeito ou se o registo também é relevante. Aqui há querelas doutrinárias. Se a eficácia só surge com o registo, a propriedade também.
- Contratos reais quanto à constituição: são contratos em que a entrega tem um valor constitutivo do contrato, em que a perfeição do contrato depende de um ato de entrega. É o caso do contrato de penhor do contrato de mútuo... Nestes contratos, só surgem não por mera declaração de vontades, mas com a entrega da coisa. A tradicio releva para a própria formação do contrato. Daí que o penhor só se constitua, também, com a entrega da coisa.

Regime da coisa comprada a comerciante (artigo 1301º): como vigora o princípio da consensualidade, o que interessa é o título. Aquele que era o verdadeiro titular da coisa pode exigir que a coisa lhe seja entregue por terceiro. Há uma indemnização ao terceiro.

Ex: eu era proprietário de um relógio. Perdi-o e ele foi parar ao comerciante B que o vendeu a C. B não tinha título por isso eu posso exigir o relógio de volta. B tem de restituir C.

2.1.4.1. Registo de coisas móveis

Não são apenas os prédios que estão sujeitos a registo. Há outros tipos de bens sujeitos a registo nomeadamente:

- Automóveis
- Aeronaves
- Navios

O registo automóvel tem regras muito semelhantes ao registo predial. O regime de transmissão é semelhante ao do registo predial.

Em contraponto, o registo de navios ou aeronaves parece ter efeitos meramente enunciativos e não efeitos de oponibilidade perante terceiros. Há uma exceção: a hipoteca, em que os regimes são sempre constitutivos.

2.1.5. A propriedade fiduciária

Costuma ser designada por propriedade fiduciária a situação do proprietário que está obrigado (normalmente, por força de negócio jurídico) a exercer o seu direito para um fim específico, em que está interessado um terceiro, e a retransmiti-lo após a ocorrência de um certo facto.

Figura puramente doutrinária sem acolhimento legal. Normalmente, a lei tem capítulos sobre cada um dos contratos, começando por uma definição legal de várias figuras jurídicas. No entanto esta figura não é regulada e, por isso, não tem caracterização e limites na lei, adquirindo fronteiras muito fluídas, mas tendo sempre como limite a letra da lei (**artigo 9º**) Existem, então, grandes discussões doutrinárias acerca desta matéria. Em todo caso, a propriedade fiduciária verifica-se, efetivamente, na lei portuguesa.

Apesar de não estar prevista na lei, a propriedade fiduciária está prevista noutros quadrantes: não está prevista como direito real erga omnes, mas no direito dos contratos há tentativas de criar algo parecido, embora meramente obrigacional, sem efeitos erga omnes.

No nosso universo nano-germânico não somos os únicos que temos este regime. Na Common Law existe o trust, que é o correspondente à figura portuguesa, existindo também na Alemanha uma figura correspondente.

No comércio internacional, nos litígios, o trust é extremamente relevante. Se formos advogados num litígio onde existam clientes de sociedades com contactos internacionais teremos convivência com a figura do trust. Trata-se não só de uma curiosidade científica, mas também de um interesse prático, pelo menos para quem faz esse tipo de advocacia.

Esta figura é prevista em vários contextos:

- **Fidúcia Romana:** Tínhamos a fidúcia com *credor/creditor* (transmissão da propriedade da coisa a um credor para garantia de dívidas) e fidúcia com *amigo/amico* (podia ter muitas finalidades, transmitindo a propriedade de guarda, empréstimo...); existe ainda o *fideicomissum* (implicava a obrigação de um terceiro transmitir o seu património a um terceiro).

A propriedade fiduciária pode ter uma função de garantia, mas pode também ter outras funções de administração de património alheio.

- **Fidúcia germânica:** Existia uma *treuhand* medieval que não teve grande influência, mas que era direito vigente na Idade Média na Alemanha e esta deve ser distinguida de uma *treuhand* moderna de inspiração romana. A partir de 1800 os alemães passaram a estudar a fidúcia de *amico* e de *creditor*. Foi aí que surgiu o conceito *treuhand*. Na medieval há um proprietário fiduciário com limitações na sua propriedade, estando limitada porque há uma fidúcia a favor de terceiro. Aparentemente trata-se de uma oponibilidade erga omnes. A *treuhand* moderna que tem origem no direito romano é uma propriedade que é como uma propriedade plena, sem limitações de oponibilidade de terceiros. Nesta *treuhand* o proprietário fiduciário não deixa de ter propriedade plena com plena oponibilidade de terceiros. O acordo que possa haver não tem natureza real, mas sim meramente obrigacional.

No universo anglo-americano temos uma situação não prevista na lei – trust – sendo uma figura de criação jurisprudencial. Os proprietários resolvem pedir apelo papal e nessa sequência os lords deixavam a sua propriedade nas mãos de outra pessoa, numa situação de trust.

Temos 3 pessoas importantes:

1. Settuard (transmite a propriedade)
2. Fiduciário/trustee (não utiliza propriedade de interesse próprio, devendo ser utilizado o interesse de outrem)
3. Beneficiário

Semelhanças:

- Atribuição de poderes de proprietário;
- Acordo que limita os poderes dos fiduciários perante o fiduciante;
- Excesso de meios face aos fins (implica um risco de abuso de poder). Ex: para garantir o crédito eu não precisava de ter proprietário. Agora posso usar os meus direitos de forma abusiva, pois há excesso de leis.

Outras características

- **Funções de garantia e administração ou guarda de património;**
- **Limitação dos poderes do fiduciário:** o fiduciário está obrigado perante o beneficiário a não alienar os bens em causa e a geri-los com diligência.
- **Afetação aos interesses de outrem:** a primeira característica da propriedade fiduciária é a de o direito em que consiste não estar afetado (pelo menos, apenas) aos interesses do seu titular, mas estar afetado (apenas ou também) aos interesses de outrem.
- **Caráter temporário, por contraposição à propriedade plena:** nem sempre a fidúcia é temporária, porém, regra geral, as situações em que a propriedade fiduciária se resolve não são perpétuas, destinando-se a ser transformadas.
- **Separação do património geral do fiduciário:** as coisas englobadas na fidúcia tendem a não responder pelas obrigações do fiduciário.

Trust na zona franca da Madeira: pode-se fazer aqui o que se faz no universo de Common Law para que as empresas cedam alguns dos impostos. Este paraíso fiscal tem base nesta propriedade fiduciária.

Artigo 405º do CC: ao abrigo da liberdade contratual podemos criar contratos, relações obrigacionais semelhantes ao do trust, mas não podemos criar direitos reais distintos dos presentes no CC. Podemos transmitir a propriedade, mas o que transmitimos é a propriedade tal como conformada no CC, sem nenhuma alteração.



Então em Portugal é possível fazer contratos fiduciários, mas não se pode criar um direito real de propriedade fiduciária com eficácia erga omnes. Conforme dito por Pedro Pais de Vasconcelos “o princípio da autonomia privada permite que, com o recurso a contratos fiduciários, se modelem e ponham em vigor sem grandes dificuldades, situações e relações jurídicas semelhantes ao trust”, sendo que tal opinião foi acolhida pelo STJ, pois não parece razoável negar que é possível por via contratual estabelecer relações fiduciárias; a aproximação dessas relações à propriedade fiduciária deve, porém, ser temperada com a nota de que os direitos do beneficiário assim estabelecidos não têm eficácia erga omnes, só valendo contra o fiduciário.

2.2. O direito de usufruto

O usufruto consiste no direito de usar temporariamente uma coisa sem alterar a sua forma ou substancia (**artigo 1439º**). Tanto incide sobre coisas corpóreas, como em direitos.

Características:

- **Incidência em coisas corpóreas e direitos:** O usufruto permite gozar plenamente a coisa ou o direito sobre que incide. Este gozo compreende as faculdades de uso e fruição, como de resto o artigo 1446º esclarece. Ora o usufrutuário tem tendencialmente os poderes que cabem no direito de propriedade – salvo o poder de disposição do objeto sobre que incide.
- **Coexistência com o direito de propriedade:** Quando há um proprietário quando o direito de propriedade coexiste com o direito de usufruto, o proprietário tem poucos poderes, pois o usufruto limita propriedade. O usufruto como todos os direitos reais menores pressupõe a sua coexistência com o objeto de direito propriedade.
- **Caráter temporário (artigo 1433º):** ao contrário do direito de propriedade que, por regra, é perpétuo, o usufruto é temporário. Existem várias regras no ordenamento que limitam os direitos reais sem limitação temporal:
 - **Pessoas singulares:** não pode exceder a duração da vida do usufrutuário. É ainda de salientar que o usufruto pode ser constituído a favor de várias pessoas singulares.
 - **Duas ou mais pessoas singulares:** não pode exceder o termo da vida do que mais viver.
 - **Pessoas coletivas:** máximo de 30 anos.

Temos assim a possibilidade do usufruto em **simultâneo em sucessivo** (a favor de uma pessoa e quando ela morrer a favor de forma sucessiva de uma segunda pessoa), e **simultâneo sucessivo** (a favor de duas pessoas e quando elas morrerem a favor de um terceiro). Havendo uma pluralidade de usufrutuários todos têm que ser vivos à data em que se consolidar o usufruto.

- **Transmissibilidade limitada (artigo 1444º):** a transmissibilidade limitada está disposta no artigo 1444º quanto a:
 - **inter vivos:** No que toca a esta questão o usufruto pode ser alienado voluntária ou forçosamente.
 - **mortis causa:** não é possível a transmissibilidade, pois o usufruto extingue-se por morte do usufrutuário (artigo 1476º).

Há que salientar que a transmissibilidade é inoperante do ponto de vista económico, pois se a morte limita a sua transmissibilidade, o usufrutuário não vai querer correr esse risco, pois ninguém sabe quanto tempo uma pessoa vai viver.

Nota: Há ainda o problema em saber qual o destino do usufruto (vitalício) em caso de o mesmo ter sido alienado e de o adquirente morrer antes do primitivo usufrutuário. Para Oliveira de Ascensão, em tal caso, o usufruto deve transmitir-se aos sucessores do adquirente. Carvalho Fernandes, ao invés, entende que o usufruto se extingue.

- **Âmbito social:** o usufruto é frequente na situação em que os pais ou os ascendentes doam uma propriedade e reservam para si o usufruto.
- **Natureza do usufruto do direito:** o regime legal do usufruto prevê não apenas que o usufruto incida sobre coisas corpóreas, mas também sobre direitos de crédito.

2.2.1. Modos de constituição

De acordo com o **artigo 1440º**, o usufruto pode ser constituído por:

- **Usucapião:** pode haver posse relativamente a um usufruto. Ex.: eu e o Joaquim ocupamos uma propriedade, eu ajo como proprietária e o Joaquim como usufrutuário e passado vinte anos adquire-se o direito. É uma hipótese académica de ocorrência prática bastante rara.
- **Disposição de lei:** atualmente não há disposição da lei, pois parece que não existem normas que imponham a constituição do usufruto.
- **Contrato e testamento:** As verdadeiras hipóteses são a constituição por contrato e por testamento, sendo que as outras são hipóteses menos viáveis. O usufruto por disposição de lei já não existe, na opinião do professor. Por usucapião, é pouco frequente, o que nos deixa, verdadeiramente, duas hipóteses:
 - **Constituição por usufruto translationem:** sou proprietário e atribuo o usufruto a uma outra pessoa.
 - **Constituição por usufruto deductionem:** sou proprietário, atribuo a propriedade a outra pessoa e reservo para mim o usufruto (mais frequente).

2.2.2. Direitos e deveres do usufrutuário

Direitos:

- Gozar plenamente da coisa ou do direito e poder usá-la, fruir dela e administra-la livremente (**artigos 1439º e 1446º**). Tais poderes não são ilimitados, pois têm na relação com o proprietário de ser exercidos como o «faria um bom pai de família», nomeadamente respeitante o destino económico da coisa, sendo que o desvio relativamente a essa diretriz é sancionado de acordo com o artigo 1482.
- Incluir no objeto do usufruto certos acréscimos em virtude de obras, melhoramentos e novas plantações da iniciativa do proprietário (**artigos 1471º e 1473º/2**)
- Transferir os seus poderes para as indemnizações devidas em caso de detioração ou perda da coisa (**artigo 1480º**). Isto é, em caso de a coisa se perder, deteriorar, ser expropriada ou requisitada, ou de suceder qualquer outro facto análogo e haver lugar a indemnização, o usufruto passa a incidir sobre a mesma.
- Ser indemnizado no momento da cessação por despesas da produção em curso (**artigo 1447º**). Este valor não pode exceder o dos frutos que venham a ser colhidos.
- Ser indemnizado pelo valor das reparações extraordinárias a que proceda licitamente (**art 1473º**). O usufrutuário tem de suportar as reparações ordinárias, mas não as extraordinárias.

Deveres:

- **Relacionar bens (artigo 1468º/1a)**, declarando o estado em que os bens se encontram e mencionando o seu valor quando de moveis se trate;
- **Prestar caução (artigo 1468º/1b)** para garantia que da restituição dos bens, quer de eventuais deveres de indemnizar por danos provocados aos mesmos. Este dever pode ser dispensado no título constitutivo e não se aplica ao alienante com reserva de usufruto (**artigo 1469º**); a falta de caução é sancionada com a imposição de vários deveres, em função da natureza do objeto- mas têm em comum retirar ao usufrutuário a plenitude do gozo da coisa ou direito (**artigo 1470º**).
- **Fazer bom uso da coisa ou direito (artigo 1446º)** – critério do bom pai de família (direito a usar como faria um bom pai de família) e respeito ao destino económico da coisa. o incumprimento desta obrigação é sancionado no **artigo 1482º** com a regra de que se o mau uso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietário, este pode exigir que os bens lhe sejam entregues ou que lhe sejam aplicadas as medidas aplicáveis em caso de incumprimento da obrigação de prestar caução ficando, no primeiro caso, o proprietário obrigado a pagar ao usufrutuário o eventual rendimento dos bens (**artigo 1482º**); por outro lado, quando suceda que, em virtude de má administração do usufrutuário, se tornem necessárias reparações extraordinárias, ficam as mesmas a seu caro, ao contrário do que em princípio sucederia (**artigo 1473 nº1, segunda parte**).

- **Suportar as despesas de administração (artigo 1472º/1)** - a lei estabelece que o usufrutuário se pode eximir desta obrigação por meio da renúncia ao usufruto; parece claro que aquilo a que o usufrutuário assim se pode eximir são apenas as obrigações ainda não constituídas, não as que tenham nascido antes da renúncia.
- **Realizar as obrigações ordinárias (artigo 1472º):** a lei define como tais as indispensáveis à conservação da coisa e exclui do seu âmbito as que, no ano em que forem necessárias, excedam dois terços do rendimento líquido desse ano; o usufrutuário pode eximir-se da obrigação por meio de renúncia ao usufruto.
- **Consentir na realização de obras ou melhoramentos (artigo 1471º);**
- **Informar o proprietário de raiz da necessidade de reparações extraordinárias e de quaisquer factos de terceiros de que possam resultar danos para o proprietário (artigos 1473º e 1475º)** - sendo que o incumprimento destes deveres de informação é sancionado com o dever de indemnizar os danos daí resultantes.
- **Suportar impostos e outros encargos anuais sobre os rendimentos (artigo 1474º)**, sendo que tal está de acordo com a legislação fiscal.
- **Dever de restituir a coisa findo o usufruto (artigo 1483º):** quando o usufruto é vitalício não existe este dever.

2.2.3. Natureza do usufruto de direitos

- Não tem a característica da relação imediata com uma coisa corpórea.
- É um direito sobre um direito, sendo que isto é frequente.
- A natureza jurídica do usufruto de direitos - pelo menos, o de direitos de crédito - é diversa da do usufruto de coisas corpóreas. Falta àquela figura a imediação que é característica dos direitos reais- pelo menos dos direitos reais de gozo.

2.2.4. Modos de extinção

Os modos de extinção do usufruto são **(artigo 1476º):**

- A morte (usufruto vitalício)
- O decurso do prazo (usufruto não vitalício)
- A reunião do usufruto e da propriedade na mesma pessoa
- O não exercício do usufruto durante 20 anos **(artigo 298º/2)**
- A perda total da coisa usufruída

Nota: não é sempre verdade que o usufruto se extinga ou pelo menos se extinga imediatamente em virtude da perda da coisa. Se a coisa usufruída se perder mas houver lugar a indemnização, o usufruto passa a incidir sobre a mesma - **artigos 1480º e 1481º.**

Artigo 1051º/1, c: No caso da extinção do usufruto sobre o contrato de locação, quando o locador seja usufrutuário, verifica-se a caducidade do contrato de locação. No entanto, a lei dá ao arrendatário para habitação, nessa situação, direito de preferência na celebração de novo arrendamento **(artigo 1091º/1, b).**

2.3. Direito de uso e de habitação

De acordo com o **artigo 1484º** temos, em rigor, dois direitos reais em vigor: o de uso e o de habitação:

- **Direito de uso:** direito de se servir de coisa alheia incluindo os frutos, na medida das necessidades do titular e da família;
- **Direito de habitação:** direito de se servir de uma casa de morada alheia, incluindo os frutos;

O regime do direito de uso e habitação é um regime que é obtido em grande medida através da remissão para o regime do usufruto - **artigo 1485º** (remissão para o usufruto quanto à constituição, extinção e regime) e **1490º** (remissão em geral).

Estes direitos são uma espécie de usufrutos de segunda categoria porque o uso e a fruição são utilizados na medida das necessidades.

No usufruto há uma utilização de acordo com a liberdade do usufrutuário, no uso e na habitação há um usufruto diminuto, pois é só através da necessidade.

Características:

- **Pessoalidade:** Só as pessoa singulares podem ser titulares destes direitos. Trata-se de um caráter pessoalíssimo porque é aferido em função das necessidades do titular.
- **Âmbito familiar (artigo 1487º):** Este direito está previsto para o âmbito da necessidade do titular e da família. Esta família para efeitos de direito real não é uma família normal, pois é constituída pelo Cônjuge, filhos solteiros, outros parentes a quem são servidos alimentos, pessoas que se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas.
- **Intransmissibilidade e impenhorabilidade (artigo 1488º):** Este direito não pode ser locado ou trespassado, ao contrário do usufruto. A impenhorabilidade surge na medida em que só podem ser penhoradas as coisas suscetíveis de transmissão, pois se não se pode transmitir, não é possível a venda executiva, não sendo possível a penhora (**artigo 892º**).

Exemplo: É então possível constituir um direito de habitação para fugir à ira dos credores. Se estiver com dívidas e quiser fugir à sua ira, constitui um direito de habitação a favor de um filho, e a coisa passa a ser impenhorável.

Artigo 1489º: obrigações inerentes ao uso e à habitação: Se o usuário consumir todos os frutos d prédio ou ocupar todo o edifício, ficam a seu cargo as reparações ordinárias, as despesas de administração e os impostos e encargos anuais, como se fosse usufrutuário. Se o usuário perceber só parte dos frutos ou ocupar só parte do edifício, contribuirá para as despesas mencionadas em proporção à sua fruição.

Modos de constituição, extinção e regime (artigo 1485º): em consonância com o usufruto, porém, com algumas exceções:

- Constituição: Contrato, testamento ou disposição legal (exclui-se a usucapião); enquanto no direito de usufruto não existiam disposições legais, aqui existem:
 - **Artigo 2103º-A:** dá direito ao cônjuge sobrevivente o direito de habitação. Há um direito potestativo ao direito real.
 - **Leis 6 e 7 de 2001, artigos 5º**
- Extinção: A morte, o decurso do prazo, a reunião do direito e da propriedade na mesma pessoa, o não exercício do usufruto durante 20 anos, a perda total da coisa objeto do direito e a cessação das necessidades do titular (acréscimo). E cessação das necessidades não está expressamente definida, mas decorre diretamente da definição de uso e de habitação.

2.4. Direito de superfície

De acordo com o **artigo 1524º**, o direito de superfície consiste na “ faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”.

- **Superficiário:** titular do direito de superfície – tem a faculdade de construir e manter a obra/plantação
- **Fundeiro/proprietário:** titular do direito sobre o solo

O direito de superfície tem origem romana e o princípio geral de que a superfície cede ao solo. Porém, durante muito séculos desaparece, tendo sido recuperado apenas em meados do século XX. Até aí, não tínhamos um direito de superfície romana.

Durante o meio termo que não tínhamos este direito tínhamos, em todo o caso, figuras semelhantes que também procediam a uma partilha da propriedade com destaque para a enfiteuse e os censos. Estes são direitos reais de gozo extintos.

Na enfiteuse, havia uma separação entre o domínio direto do senhorio e o domínio útil do enfiteuta. O senhorio tinha o domínio direto que funcionava como proprietário último, enquanto o enfiteuta era quem explorava a terra pagando uma quantia periódica chamada foro. Ambos os direitos eram transmitidos mortis causa e inter vivos. Esta era uma figura feudal que apenas foi abolida com a constituição de 1976.

Os censos procedem à afetação de um imóvel à garantia de uma obrigação perpétua.

Hoje em dia, o que existe é a recuperação da figura romana do direito de superfície presente nos **artigos 1525º e ss**. A sua relevância social relaciona-se com políticas urbanísticas: várias autarquias cedem as pessoas a superfície, mantendo para si a propriedade. É por exemplo o caso dos parques de estacionamento: a construção pertence a particulares, e o solo à autarquia.

A seguinte descrição, comporta algumas **dicotomias**: “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”.

- **Dicotomia construir/manter:** Num primeiro momento temos a faculdade de construir e no segundo a ideia de manter. Esta ideia não é completamente correta porque a todo o tempo existe a faculdade de criar uma construção secundária. A faculdade de manter é extremamente semelhante ao direito de propriedade. O superficiário tem poderes muito extensos tal como o proprietário e, portanto, a manutenção que faz da obra, o uso, a fruição, a disposição que faz sobre a construção é muito semelhante às do proprietário. Nesta dissociação, a faculdade de manter tem um conteúdo bastante semelhante ao conteúdo do direito de propriedade. Por contraposição, o conteúdo da faculdade de construir será mais próximo de um direito real de aquisição.
- **Dicotomia temporário/perpetuamente:** o direito de superfície pode ser construído com limite temporal, mas para além disto pode também ser perpétuo. A propósito desta segunda hipótese, se o direito de superfície for perpétuo, a propriedade sobre o solo, a posição jurídica do fundeiro, deixa de ter qualquer conteúdo útil tornando-se absurda. É absurdo que se permita que o direito de superfície seja perpétuo.
- **Dicotomia obra/plantação:** podem ser obras debaixo do solo, como parques de automóveis, pisos subterrâneos... O direito real sobre a obra pertence ao superficiário, a propriedade e o solo pertence ao fundeiro.

2.4.1. Objetos possíveis

Existem várias opções quanto ao direito de superfície (**artigos 1525º e 1526º**):

- O direito de superfície pode abranger mais solo do que o necessário à construção desde que esse solo tenha utilidade para o uso da obra.
- O direito de superfície pode abranger tanto obras sobre o solo como debaixo do subsolo: as obras podem ser obras debaixo do solo e nesse caso a obra pertence ao superficiário sendo que o direito do fundeiro está uns metros abaixo;
- O direito de superfície pode incidir sobre edifício alheio: pode também ser o caso em que a obra seja em cima do edifício, e aí fala-se em direito de sobrelevação.

2.4.2. Coexistência com o direito de propriedade

O direito de superfície coexiste com o direito de propriedade do fundeiro, o que se verifica pelos **artigos 1530º e ss.**

O direito de superfície coexiste com o direito de propriedade do fundeiro. Estabelece-se a possibilidade de existir um cânone, do pagamento de uma única prestação ou de uma prestação anual. Esta possibilidade de ser fixado, ou não, o pagamento de uma prestação anual ou periódica, permite aprofundar o conteúdo do direito de superfície no confronto do direito do fundeiro.

- Se não for estabelecido este cânone, o direito do fundeiro é um direito absolutamente comprimido;
- Se for estabelecido este cânone, o direito do fundeiro resume-se a receber este pagamento numa única prestação ou periodicamente;

2.4.3. Possibilidade de transmissão e de oneração

Artigo 1534º: são transmissíveis:

- O direito de propriedade (inter vivos ou mortis causa)
- O direito de superfície (inter vivos ou mortis causa): o facto de este direito real menor ser transmissível constitui mais um enfraquecimento do direito de propriedade do fundeiro. O direito de superfície pode, inclusive, ser hipotecado (artigo 688º)

Nota: O direito de superfície é o direito real menor mais intenso que tem as características mais próximas do direito de propriedade, já que o superficiário tem poderes quase plenos sobre a construção.

2.4.4. Direito de superfície e propriedade horizontal

O direito de superfície pode ser constituído sobre a forma de propriedade horizontal. Temos o solo que pertence ao fundeiro e temos o edifício ou a obra que pertence a todos os condóminos como parte comum e cada fração autónoma da obra pertence aos diferentes condóminos.

A propriedade horizontal não se estende ao solo: a propriedade dos condóminos não se estende ao solo, esse pertence ao fundeiro, estando pelo seu direito limitado.

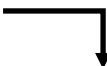
Exemplo: seis frações autónomas, seis superficiários. São condóminos pelo direito de superfície. Estes superficiários/condomínios não tem propriedade em comum do solo. A propriedade horizontal incide só sobre o direito de superfície.

Nota: Este direito de superfície comprime mais o direito de propriedade do que o usufruto.

2.4.5. Constituição do direito de superfície

De acordo com o **artigo 1528º**, o direito de superfície pode ser constituído por:

- Contrato
- Testamento
- Usucapião:



Quem invoca a usucapião, invoca quanto a toda a propriedade e não excetuando o solo, portanto isto é uma hipótese apenas académica

A constituição do direito de superfície pode incidir sobre obras já existentes. Sendo a obra do proprietário, ele pode, em vez de doar todo o prédio, doar o direito de superfície sobre a construção do prédio, preservando para si a propriedade sobre o solo.

2.4.6. Direitos e obrigações do superficiário

Os direitos e deveres do superficiário estão presentes nos **artigos 1530º e ss.**

Direitos:

- Faculdade de construir ou plantar
- Faculdade de manter a obra ou plantação que comporta os poderes de usar, fruir e dispor de forma semelhante a um proprietário

Deveres:

- Pagamento de uma prestação pecuniária (**1530º**). Esta obrigação é ambulatoria: o superficiário que transmite o direito de superfície, transmite também o lado passivo da obrigação;
- Realizar a obra ou a plantação dentro do prazo convencionado, caso o seja, o do prazo fixado pela lei (10 anos) (**artigo 1536º/1, a**);
- Necessidade de consentimento do fundeiro para o uso e fruição enquanto a obra não for feita (**artigo 1532º**);
- Dar preferência ao fundeiro na alienação do seu direito de superfície (**artigo 1535º**).

2.4.7. Extinção do direito de superfície

As formas de extinção do direito de superfície estão previstas no **artigo 1536º/1**:

- Se o superficiário não concluir a obra ou a plantação
- Se destruída a obra o superficiário não construir
- Pelo decurso do prazo
- Pela reunião da mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade
- Pelo desaparecimento ou inutilidade do solo
- Pela expropriação

→ Há a possibilidade de ser estipulada uma condição resolutiva (**artigo 1536º/2**).

É possível a renúncia ao direito de superfície. Se eu renunciar ao direito de superfície, o direito de propriedade expande-se (elasticidade do direito real).

→ Extinção do direito de superfície por decurso do prazo: com a extinção por decurso do prazo (**1538º**) o fundeiro adquire a propriedade plena. O superficiário tem, neste caso, direito a uma indemnização de acordo com o enriquecimento sem causa.

Se existir uma hipoteca sobre a construção, quando o direito de superfície se extingue, a hipoteca também se extingue. O mesmo se existir um usufruto (1539º).

→ Quando o direito de superfície se extingue antes do decurso do prazo, os direitos reais menores constituídos pelo superficiário permanecem (1541º), sem prejuízo da aplicação do disposto anteriormente, logo que o prazo decorra.

Nota: Se houver uma expropriação, a indemnização é repartida pelos dois (1542º).

A extinção do direito levanta alguns problemas, tais como:

- **Artigo 1538º:** quando se extingue pelo decurso do prazo a obra ou plantação é adquirida pelo proprietário do solo. Quando a obra passa para a propriedade do fundeiro ele tem um enriquecimento, logo ele tem de pagar uma indemnização. Se o direito de superfície foi constituído por uma obra já existente poderá não haver indemnização.

- **Artigo 1539º:** trata de situações de extinção por decurso do prazo. Já vimos que o proprietário adquire a propriedade. Extinguem-se os direitos reais menores.
- **Artigo 1540º:** extinguindo-se o direito de superfície, os direitos reais constituídos pelo fundeiro sobre solo estendem-se à obra ou à plantação.
- **Artigo 1541º:** extinguindo-se um direito de superfície perpétuo ou um direito de superfície temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos separadamente sobre a superfície e o solo subsistem como tais.
- **Artigo 1542º:** extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, ao fundeiro e ao superficiário cabem partes da indemnização correspondente aos valores dos seus direitos.

2.5. As servidões prediais

Existem duas noções de servidões prediais: a legal e a doutrinária. A legal é dada pelo **artigo 1534º** e é considerada defeituosa em dois sentidos.

Artigo 1543º: “Servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia



Defeitos:

- Coisificação: é um encargo imposto a um prédio, mas os prédios não têm direitos;
- Enfoque no prédio serviente e não no prédio dominante: O foco deveria ser no titular do direito do prédio dominante e não no titular do direito passivo; deve primeiro ver-se o lado ativo e só depois o passivo.

Exemplo: prédios contíguos pertencem a A e a B. o prédio de A dá para a via pública e o do B não. B terá uma servidão de passagem pelo prédio de A para ter acesso à via pública.

Noção doutrinária: “Direito do titular de um direito real sobre um prédio a utilizar um prédio alheio para melhor aproveitamento do prédio dominante.”

Alguns tipos de servidão são tipificados na lei: a de passagem, a servidão de águas... noutra casos, o elenco de servidões não está reguladas na lei. São possíveis de ser constituídas porque no **artigo 1544º**, é dada uma ampla estipulação às servidões.

Existem algumas regras que importa salientar:

- ➔ Para haver servidão predial é necessário que haja o aproveitamento do prédio dominante, o que significa que se houver uma utilização de um prédio sem aproveitamento para o prédio dominante não há uma servidão predial nem um direito com um carácter real.
- ➔ O prédio dominante e o prédio serviente têm de pertencer a donos diferentes. Se pertencerem ao mesmo não há servidão.
- ➔ O conteúdo da servidão podem ser quaisquer utilidades que o titular do direito real sobre o prédio dominante retira de um outro prédio alheio para melhor aproveitamento do sue prédio dominante (**1544º**).

Carácter das servidões:

- Carácter privado
- Carácter administrativo: têm por base a utilidade pública, não sendo necessariamente constituídas a favor de um prédio dominante.

2.5.1. Características

- **Inseparabilidade (artigo 1545º):** As servidões não podem ser separadas dos prédios a que pertencem. Se a utilidade de uma passagem ou aproveitamento de águas passa a ser apropriada por o titular de um terceiro prédio, passa a haver também servidão por parte desse terceiro. Isto é assim porque o direito e o dever em que a mesma consiste são atribuídos em função da titularidade dos prédios dominante e serviente, o direito e o dever são inseparáveis de tal titularidade

Exemplo: servidão de A em relação aos prédios de B e de C. A não alarga a sua servidão ao passar a ter servidão de passagem em relação a dois prédios dominantes, B e C. Simplesmente passa a ter duas servidões.

- **Mudança de servidão:** “o proprietário do prédio serviente não pode estorvar o uso da servidão, mas pode, a todo o tempo, exigir a mudança dela para sítio diferente do primitivamente assinado, ou para outro prédio, se a mudança lhe for conveniente e não prejudicar os interesses do proprietário do prédio dominante, contanto que a faça à sua custa; com o consentimento de terceiro, pode a servidão ser mudada para o prédio deste.”
- **Indivisibilidade (artigo 1546º):** Se o prédio serviente se dividir, a servidão não se destrói, simplesmente passa a incidir sobre todas as partes divididas necessárias à servidão. Temos apenas uma servidão que passa a incidir sobre dois prédios. Se a divisão ocorrer no prédio dominante, ambos beneficiarão da servidão de passagem. Há uma servidão que incide sobre dois prédios.

2.5.2. Tipos de servidão

Temos que distinguir a figura das servidões prediais, sendo que dentro do seu conceito amplo existem vários tipos de servidões. Estes tipos não constituem uma série fechada, existem outros que são subsumíveis ao **artigo 1544º** - “quaisquer utilidades”.

Referidas na lei:

- servidão de passagem (1550º e ss): é uma servidão de passagem para as pessoa e não de cabos ou condutas, entenda-se. Ex.: servidão em benefício de prédio encravado: não tem acesso a vida pública.
- servidão de vistas (1362º): Prédio dominante com janela para o prédio vizinho – por usucapião. Está previsto nas relações de vizinhança
- Servidão de estilicídio (1365º) – por usucapião. Situação em que por exemplo o telhado goteja para outro prédio. No entanto se essa situação se consolidar passa a haver uma servidão deste tipo.
- Servidão de aproveitamento de águas (1557º): para gastos domésticos e agrícolas
- Servidão de presa (1559º e 1560º): obras de represamento por proprietários industriais e derivação da água constante em prédio alheio, mediante o pagamento da indemnização correspondente ao prejuízo.
- Servidão de aqueduto (1561º e 1562º): Caso em que há dois prédios ambos do A, e a meio está o prédio do individuo B. pode haver situação em que há fonte em que se pretende ligar os dois prédios. No entanto a canalização passa pelo prédio do B e isso é uma servidão de aqueduto.
- Servidão de escoamento de águas (1563º)

Não referidas na lei:

- Servidão de passagem de condutas ou carros
- ...

2.5.3. Modalidades

Existem três classificações:

- **Aparentes e não aparentes (artigo 1548º):** são aparentes as que se revelam por sinais visíveis e aparentes, não são aparentes as contrárias. Uma servidão e passagem é, normalmente, aparente pois o caminho de passagem será visível.
- **Legais ou Voluntárias:** consoante estejam estabelecidas por lei ou por força da autonomia privada.
- **Positivas ou negativas:** são positivas as que implicam uma conduta positiva do titular do prédio serviente, e são negativas as que implicam uma mera abstenção, por exemplo a não construção.

2.5.4. Modos de constituição

Importa distinguir as servidões legais das que não decorrem automaticamente da lei.

- As **servidões legais** não resultam automaticamente da lei, pois a lei confere um direito potestativo à constituição da servidão. Se o titular do prédio serviente se recusar a colaborar o direito potestativo do titular do prédio dominante pode ser exercido, de acordo com o **artigo 1547º/2**. Na falta de constituição voluntária podem ser constituídas por sentença judicial e decisão administrativa.
 - ➔ No momento inicial numa servidão legal, A tem o direito potestativo de constituição. A partir do momento em que a servidão se constitui o direito é o direito de uso da servidão. Deixa de ser um direito potestativo e passa a ser um direito subjetivo puro.

Frequentemente está associado um regime de indemnização do lado da situação jurídica passiva (prédio serviente) - **artigo 1554º**.

Na servidão e aproveitamento de águas, em rigor técnico jurídico não se trata de uma indemnização, mas sim de uma compensação pelas águas retiradas.

Quando há uma servidão legal, temos o titular do prédio dominante que tem o direito potestativo de constituir a servidão de passagem. O titular do prédio serviente há de ter uma posição de sujeição. Ao abrigo do **artigo 1551º** tem também uma posição jurídica ativa que é uma exceção. Essa exceção pode permitir-lhe opor-se à servidão de passagem, adquirindo o prédio encravado pelo seu justo valor.

Constituição por destinação do pai de família (artigo 1549º): Trata-se de uma hipótese especial de constituição de uma servidão. Não há uma constituição por negócio jurídico, mas sim uma hipótese de constituição de servidão legal por força da lei. Se dois prédios têm o mesmo dono e houver sinais visíveis e permanentes que revelam uma serventia de um em relação ao outro, isso será prova de uma servidão quando os prédios vierem a separar-se.

Exemplo: dois prédios dão para a estrada. Ambos pertencem a A. Nenhum dos prédios está encravado, pelo que não tem direito a uma servidão legal de prédio encravado. A A convinha-lhe que a melhor maneira de sair para a via pública era passando pelo seu outro prédio. A determinada altura, com o passar do tempo, vendeu o prédio por onde passava a passagem a B. Por força de ao momento em que se vendeu o prédio ao B, haver sinais visíveis de que havia uma servidão de um prédio em favor do outro, há constituição de servidão legal por destinação do pai de família.

A outra hipótese prevista na lei é haver um único prédio e o prédio ser dividido em dois. A situação processa-se exatamente da mesma forma.

- As **servidões que não decorrem automaticamente da lei** constituem-se por contrato, testamento e usucapião. A usucapião só funciona em relação às servidões aparentes. Ora se não há aparência/sinais visíveis não haverá posse. Só as servidões aparentes se revelam por sinais visíveis e permanentes e na ausência destes sinais dificilmente haverá posse.

2.5.5. Direitos e obrigações do titular do prédio dominante

Direitos do titular do prédio dominante:

- **Direito à utilização do prédio serviente para melhor aproveitamento do prédio dominante (artigo 1565/1):** esse direito compreende tudo aquilo que é necessário para o seu uso e conservação.
- **Direito a fazer obras no prédio serviente (artigo 1566º/1 e 2)** às quais a lei fixa os limites de não poderem tornar a servidão mais onerosa. Devem ser feitas no tempo pela forma que sejam mais convenientes para o proprietário do prédio serviente. A lei estabelece ainda regras sobre a distribuição dos custos de obras.
- **Exigir a mudança do local da servidão (artigo 1568º/2)** no caso de o dono do prédio dominante retirar vantagens e não resultar prejuízo para o dono do prédio serviente.
- Faculdade de **exigir a mudança do modo ou do tempo da servidão (artigo 1568º/3)** se daí o dono do prédio dominante retirar vantagens e não resultar prejuízo para o dono do prédio serviente.

Obrigações do titular do prédio dominante:

- **Suportar o custo das obras do prédio serviente** salvo acordo em contrário (**artigo 1567º/1**), regulando a lei as sub-hipoteses de existirem vários prédios dominantes (**artigo 1567º/2**) de o dono do prédio serviente também retirar utilidades da servidão (**artigo 1567º/3**) e de o dono do prédio serviente se ter obrigado a custear as obras e pretender eximir-se dessa obrigação (**artigo 1567º/4**).
- **Suportar a mudança do local de servidão (artigo 1568º/1)** mesmo para o prédio de terceiro e a mudança for conveniente ao dono do prédio serviente e não prejudicar os interesses do dono do prédio dominante.
- **Mudança do modo ou tempo de servidão, também por iniciativa do serviente (artigo 1568º/3)**, se a mudança for conveniente ao dono do prédio serviente e não prejudicar os interesses do dono do prédio dominante

2.5.6. Extinção

A extinção das servidões está prevista no **artigo 1569º**.

- **Reunião dos prédios na mesma pessoa- alínea a)-** se os prédios passam a pertencer à mesma pessoa extingue-se a servidão, pois da definição legal de servidão faz parte a exigência de que os prédios pertençam a donos diferentes.
- **Pelo não uso durante vinte anos- alínea b).** O **artigo 298/3** estabelece que os direitos reais de gozo regulados no código civil na prescrevem, mas anuncia a existência de casos de extinção dos mesmo por não uso, sendo o prazo para o efeito extintivo de 20 anos.
- **Usucapio libertatis-** alínea c). é o inverso da usucapião; há uma utilização analógica da figura da usucapião pois o que se obtém não é a constituição, mas sim a extinção de um direito; a libertação em causa exige não apenas o não exercício do direito, mas também a existência de oposição ao mesmo por parte do dono do prédio serviente (**artigo 1574º/1**); decorre implicitamente da lei que os prazos necessários à extinção de servidão se decalcam sobre os da usucapião (**artigo 1574º/2**). É o não exercício do direito com a oposição do prédio serviente, depois de decurso do prazo.

- **Renúncia** pelo titular do prédio dominante. A lei estabelece que a renúncia não requer aceitação do dono do prédio serviente (**artigo 1569º/5**).
- **Decurso do prazo- alínea e)**, quando constituídas temporalmente.
- **Extinção por desnecessidade**, que só funciona quanto a servidões legais e constituídas por usucapião, em proteção do princípio da autonomia privada- **artigo 1569º/1,2**. Sendo o fim e a justificação da servidão permitir um melhor aproveitamento do prédio dominante, a inviabilidade desse fim torna a servidão injustificada.
- **Remissão**: por iniciativa do dono do prédio dominante. Esta causa de extinção aplica-se a apenas às servidões para aproveitamento de águas e depende da demonstração pelo dono do prédio serviente de que pretende fazer da água um aproveitamento justificado incompatível com a servidão; a remissão não pode ser exigida antes de decorridos dez anos sobre a constituição da servidão e pode importar a restituição ao dono do prédio dominante da indemnização que ele tenha pago no momento da constituição da servidão (**artigo 1569º/4**).

2.6. O Direito real de habitação periódica

O **direito real de habitação periódica (DRHP)** consiste num direito sobre um imóvel (destinado a fins turísticos) cujo conteúdo essencial é a faculdade de gozar o mesmo para fins habitacionais, de modo temporário e cíclico.

Este direito foi consagrado como meio de aumentar a proteção que certos investidores (normalmente investidores não profissionais) fazem em unidades turísticas e, naturalmente, também como meio de incrementar os investimentos em causa.

À medida que o turismo se foi massificando tornando-se acessível à generalidade da classe média, desenvolveram-se a oferta e a procura de unidades habitacionais destinadas aos períodos de férias. Alguma da oferta em causa surgiu ligada à venda de imóveis, outra não.

- **No primeiro caso** há a combinação de «investimento para lazer» com investimento para rendimento que certos promotores imobiliários começaram nomeadamente em Portugal, a por à disposição dos interessados. Essas combinações consistiam em o promotor propor conjuntamente com a venda de imóveis ou de direitos sobre eles serviços de gestão dos mesmos. Na maior parte das vezes o promotor ao mesmo tempo que se obrigava a obter para o investidor um certo rendimento proveniente da exploração do imóvel, assegurava também ao investidor que poderia usa-lo numa época determinada. Logo a seguir a esse primeiro desenho do produto surgiram esquemas negociais viabilizadores de permuta pontal da faculdade de gozo do imóvel sobre que incidia o direito em causa pela faculdade de gozo de outros imóveis- ou seja, a possibilidade de ir variando os locais de férias.
- **No segundo caso** há os esquemas negociais que consistiam em um ser investimento ser remunerados (apenas ou também) com o direito a «passar férias» periodicamente em estabelecimentos hoteleiros ou similares. Entre esses esquemas merecem referencia especial os chamados «títulos de férias» que se inspiram na figura clássica das obrigações.

Por razões económicas muitos empreendimentos feitos em tais bases enfrentam graves problemas e os investidores sofreram as consequências. Assim, o legislador interveio procurando disciplinar a atividade e reforçar as garantias dos investidores.

Nota: a legislação utilizada é o Regime Jurídico da habitação periódica, constante no DL n.º 275/93, de 05 de Agosto.

2.6.1. Características

- Coexistência com o direito de propriedade, na medida em que se pressupõe a existência de um direito de propriedade sobre os imóveis a que os DRHP se referem (**artigos 2º e 21º**);
- Caráter temporário e cíclico do gozo que facultam (**artigos 1º, 3º/2 e 21º/1**);
- Representação por certificados, que são o veículo de transmissão e oneração dos mesmos (**artigos 10º e 1º**).
- Duração perpétua ou temporária do DRHP, sendo que neste último caso a sua duração não pode ser inferior a um ano (**artigo 10º**).

2.6.2. Modos de constituição

Os DRHP são constituídos por o ato sujeito a escritura pública ou documento particular autenticado (**artigo 6º/1**). Tal ato tem de ser precedido de uma comunicação ao turismo de Portugal I.P a qual tem de descrever minuciosamente o empreendimento (**artigos 6º/2 e 5º**).

→ A constituição está sujeita a registo predial - **artigos 8º + 2º/1 b CR Predial**

Contudo, parece que estes direitos só se constituem pela emissão dos certificados prediais. Essa emissão é feita após o registo definitivo do título constitutivo e sempre «a favor do proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica» (**artigo 10º/2**)

Os contratos pelos quais o proprietário do empreendimento se obriga a vender os DRHP estão sujeitos a um regime apertado, que visa defender os (promitentes) adquirentes (**artigos 18º, 14º, 16º e 20º...**). Também os contratos relativos a alienações posteriores estão sujeitos a regime especial (**artigo 17º**) que obedece a regras quase idênticas às dos primeiros contratos sempre que o (promitente) alienante intervenha no exercício do comércio (**artigo 18º**).

2.6.3. Direitos e Obrigações dos titulares de DRHP

Apesar de estes serem os direitos gerais, há possibilidade de o título constitutivo conformar em parte os poderes dos titulares de DRHP (**artigo 6º/2 e 5º/2**).

Direitos

- Habitar a unidade de alojamento e usar as instalações, os equipamentos de uso comum e os serviços do empreendimento, durante o período a que respeita o seu direito (**artigo 21º/1 a e b**)
- Direito a beneficiar de uma caução de boa administração e conservação do empreendimento que o proprietário tem de prestar (**artigo 31º**)
- Receber informação da entidade responsável pela administração do empreendimento, nomeadamente o relatório de gestão, contas, parecer de auditoria, bem como o programa de administração que anualmente têm de ser elaborados (**artigo 32º e 33º**)
- Participar na assembleia geral de DRHP (**artigos 34º e 35º**)
- Direito de ceder pontualmente o exercício do direito de utilizar as unidades de alojamento no período respetivo (**artigo 21º/1, d**)
- Direito de transmissão e oneração (**artigo 12º**). Posso vender o meu direito de habitação periódica. Tal como posso vender, também posso transmitir, criar uma hipoteca...

Obrigações:

- Pagar a prestação periódica indicada no título constitutivo (**artigo 22º**)
- Respeitar o título constitutivo e as regras de funcionamento do empreendimento (**artigo 21º/2**)
- Exercer o seu direito segundo critérios de razoabilidade (**artigo 21º/1**)

Direitos e obrigações do proprietário

- Impossibilidade de constituir outros direitos reais sobre aquele edifício (**artigo 2º**). Não pode, por exemplo, hipotecar. Só é possível constituir hipoteca em momento anterior à constituição do DRHP.
- Proibição de realização de obras e inovações sem o consentimento da assembleia (**artigo 28º**)
- Direito de crédito com caráter ambulatorio sobre todos os titulares de DRHP

2.6.4. Transmissão e oneração

A oneração e transmissão faz-se mediante declaração das partes no certificado predial.

O contrato de compra e venda que seja feito previamente a esta inscrição no certificado predial, não tem, de todo, eficácia real, mas sim obrigacional. Só a inscrição no certificado predial é que opera a eficácia real.

Isto é:

- **Contrato de compra e venda prévio à inscrição no certificado predial** – eficácia obrigacional e não real
- **Contrato de compra e venda inscrito no certificado predial** – eficácia real

Isto é distinto do que é habitual em Portugal. Em Portugal, os contratos de transmissão de propriedade têm eficácia real.

O **artigo 408º** diz que a propriedade se transmite por efeito da mera celebração do contrato.

Assim, o contrato de compra a venda tem uma eficácia obrigacional e pode ter eficácia real.

- ➔ A lei fala, não no contrato de compra e venda com efeitos meramente obrigacionais, mas sim do contrato promessa (**artigos 17º e 20º**)

A **transmissão mortis causa** funciona pela inscrição no certificado predial pelo sucessor. Mais uma vez, não é apenas a morte ou a escritura de partilha. Se tenho vários herdeiros, os meus herdeiros vão fazer uma escritura de partilha. Não é a escritura de partilha que opera a transmissão. É necessário ir ao certificado predial (sistema do modo).

2.6.5. Extinção

- Decurso do prazo, caso o DRHP seja temporário e não perpétuo
- Renúncia (**artigo 42º**)
- Resolução (**artigo 16º**)
 - Resolução com justa causa por vícios do contrato aquisitivo
 - Resolução simples imotivada no prazo de 14 dias (direito de arrependimento)
- Destruição ou perda da coisa

O DRHP não se extingue por reunião. Se o titular do DRHP passar a ser o proprietário, isso não implica a extinção do DRHP: o proprietário fica titular não só pelo direito de propriedade mas também pelo DRHP.

Se o proprietário comprar ou se houver uma renúncia, o DRHP vem para o proprietário e este se quiser vai vender estas semanas

2.6.6. Natureza

O DRHP tem caráter real, mas tem um caráter real pouco intenso.

Tem caráter real porque há oponibilidade erga omnes: se o proprietário for insolvente, subsistem os DRHP. O proprietário pode ir à falência, a propriedade pode ser vendida, mas os DRHP permanecem sempre.

Na insolvência do proprietário vende-se a propriedade onerada pelos DRHP. Quem penhorar ou comprar a propriedade vai comprar um edifício constituído em DRHP com os DRHP todos lá dentro.

Artigo 21º/c: Em caso de impossibilidade de utilização da unidade de alojamento na semana em causa, há uma impossibilidade; o titular de DRHP tem direito a que o proprietário lhe arranje um alojamento alternativo. Esta regra permite concluir que não há imediação. Eu, titular de DRHP não consigo garantir a minha semana contra tudo e contra todos e, portanto, não tenho imediação. É um direito com caráter real, mas com caráter real menos intenso.

2.7. Direitos reais de gozo abolidos

Estes são direitos que a lei já não consagra, que foram abolidos. Todavia, no que toca ao quinhão e ao compáscuo, estes direitos não foram extintos. Permaneceram sendo-lhes aplicável a legislação anterior (**artigo 1306º/2**). Assim, podem existir direitos reais abolidos na legislação atual que figuram desde tempos anteriores.

Quinhão e compáscuo

- **Quinhão:** situação em que o direito que qualquer pessoa tem de receber uma quota parte da renda de um prédio indiviso, encabeçado em um dos comproprietários do mesmo prédio e por ele possuído. No quinhão existe uma compropriedade entre posseiro e os quinhoeiros, em que há obrigação real propter rem associada a essa propriedade. Isto é, o posseiro usufrui do quinhão e como é ele que retira as utilidades daquilo, depois tem de pagar uma prestação/quota aos quinhoeiros que é uma prestação com caráter real.
- **Compáscuo:** comunhão de pastos de diferentes proprietários com terrenos próprios para pastos, e que geriam em comunhão os diferentes pastos. Cada pessoa tinha um poder direto e imediato de gozo dos pastos. Alguma doutrina chama a atenção que há estas situações apenas com caráter obrigacional e assim perde-se a imediação. Não há direito real.

Enfiteuse e censos:

- **Enfiteuse:** direito em que o seu titular, o enfiteuta, pode usar e fruir de prédio como coisa sua, podendo alienar ou onerar o seu domínio, mediante a prestação de um foro. Nesta figura os poderes do senhorio eram tao reduzidos que dificilmente se poderia atribuir ao seu conjunto a qualificação de direito de propriedade plena. Os poderes do enfiteuta eram tao amplos que dificilmente se poderia recusar ao seu conjunto a qualificação de propriedade.
- **Censos:** próprios da figura do contrato de renda perpétua. A dimensão real da situação resultante dos contratos de censo estava na garantia de um imóvel à garantia do censo - afetação essa que consubstanciava um ónus real, pois o prédio afetado respondia pelo pagamento da prestação independentemente de quem fosse o seu dono.

Colonia

- Figura que existia na Madeira, em que há dissociação entre domínio útil e domínio direto. É uma dissociação do proprietário do domínio direto que recebe uma prestação, e o proprietário do domínio útil que trabalha a terra (colono). O colono tinha o gozo do solo e o domínio das benfeitorias que nele realizasse. O proprietário tinha direito a receber uma renda (metade dos produtos e podia por fim à colonia a qualquer momento, desde que indemnizasse o colono pelas benfeitorias. Distingue-se da enfiteuse e do direito de superfície, porque no regime da colonia é mais fácil ao proprietário distinguir a colonia do que no regime da enfiteuse.

3. Os direitos reais de garantia

Enquanto nos direitos reais de gozo se retira utilidade do uso e da fruição, nos **direitos reais de garantia**, retiram-se utilidades por cumprimento de uma obrigação: ou através do produto da venda da coisa, ou através dos frutos que a coisa gera.

Quem tem um direito real de garantia, obtém o seu direito de crédito com preferência sobre os demais credores. É esta ideia de preferência que invoca a ideia de oponibilidade erga omnes.

3.1. Classificações

Distinção entre garantia geral e garantia especial: a garantia geral é o património (artigo 601º). Quando os credores não obtêm o cumprimento dos seus créditos podem sempre penhorar os bens dos seus credores. Para além desta garantia geral podem ser estabelecidas garantias especiais que acrescem à garantia geral. Nesta sequência surgem os direitos reais de garantia.

As garantias especiais classificam-se como:

- **Pessoais:** fiança
- **Reais:** hipoteca, penhor

Distinção entre garantia pessoal e garantia real: Na garantia pessoal há uma vinculação de terceiros ao pagamento da dívida. Para além do devedor primitivo, há terceiros que se vinculam ao pagamento da dívida.

Numa garantia real há uma afetação de uma certa coisa ao pagamento da coisa. Não surge uma pessoa, surge uma coisa. Essa coisa pode ser uma coisa que já pertencia ao pagamento do devedor.

Exemplo: eu peço um empréstimo e afeto-lhe todo o meu património. Posso efetuar uma hipoteca sobre um prédio do meu património que já estava afeto de qualquer forma.

Também se podem afetar coisas de terceiros. De qualquer forma, aí, não vai ser o proprietário da coisa que vai responder pela dívida, é só a coisa em si.

Exemplo: se eu exijo uma fiança, estou a ficar protegida com todo o património do terceiro, do fiador. Se o fiador tiver hipotecado o património, os credores hipotecários vão ser pagos em primeiro lugar e eu não vou conseguir atacar quase nada. A fiança é uma boa ajuda, mas não é nada por aí e além.

- ➔ o sistema circulatório da economia, as garantias reais são um aspeto essencial do funcionamento de uma economia financiada. Se o banco tiver uma garantia real de hipoteca, tem a certeza que tem preferência sobre os demais credores.



Distinção entre garantias de origem negocial e garantias de origem legal: as primeiras surgem da autonomia privada e as segundas são impostas pela lei.

Exemplo: os privilégios preditórios são garantias reais impostas pela lei;

Exemplo 1: a hipoteca pode ser voluntária ou legal;

Exemplo 2: o penhor é quase sempre negocial;

Garantias reais constituídas pelo próprio devedor ou constituídas pro terceiros: No primeiro caso, como o nome indica, é o próprio devedor que constitui as garantias; no segundo caso, é um terceiro a constituir uma garantia a favor do implicado.

Exemplo: Uma mãe pode constituir uma hipoteca a favor do filho.

Problema da igualdade dos credores e da hierarquia das preferências



A regra geral é a de que os credores estão em pé de igualdade (**artigo 604º**), de modo que têm de ser tratados de forma igual. Assim, se por exemplo, o património de um devedor não for suficiente para pagar todas as suas dívidas, os credores serão pagos rateadamente. As garantias reais, por serem garantias especiais estabelecem um desvio a este princípio. Isto porque uns credores, nomeadamente os com garantias reais, passam a “preferir mais do que os outros”. Há, neste caso, uma graduação dos bens.

3.2. A hipoteca

A **hipoteca** é uma garantia especial das obrigações que confere ao credor o direito de ser pago pelo valor decertas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou prioridade de registo (**artigo 686º**).

- O que distingue a hipoteca do penhor é que esta só pode incidir sobre bens imóveis ou móveis sujeitas a registo (**artigos 686º - 689º**). Por sua vez, o penhor só pode incidir sobre coisas corpóreas móveis, créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca (**artigo 666º/1**).
- Para além disto a hipoteca também não confere posse ao credor, enquanto o penhor confere.

Fonte da hipoteca:

- Negocial: generalidade das hipotecas
- Não negocial

Espécies de hipoteca:

- **Legais:** resultam imediatamente da lei sem dependência da vontade das partes e podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de segurança (**artigos 704º e 705º**). As hipotecas só se constituem com o registo, pelo que afinal não resultam diretamente da lei.
- **Judiciais:** também têm a sua fonte na lei. Ao contrário do que o nome poderia sugerir, não resultam de sentenças que as constituam ou ordem a sua constituição. A possibilidade constituição por iniciativa do credor resulta do mero facto de ser proferida uma sentença, ainda que não transitada em julgado, que condene alguém a uma prestação. As hipotecas judiciais podem incidir sobre quaisquer bens (hipotecáveis) dos devedores (**artigos 710º e ss**).
- **Voluntárias:** nasce do contrato ou declaração unilateral (**artigos 712º e ss.**)

Nota: a hipoteca releva do ponto de vista do crédito imobiliário

3.2.1. Regime comum

Necessidade de recurso a tribunal

- No nosso sistema a execução da hipoteca é necessariamente judicial. Esta regra não resulta de nenhum preceito legal específico, mas do sistema no seu conjunto. Tal regra já não se aplica ao penhor já que o **artigo 675º/1** admite que seja convencionado que a venda da coisa empenhada seja feita extrajudicialmente.

Registo constitutivo

- Quanto ao registo predial, no **artigo 687º**, a lei estabelece que a hipoteca deve ser registada sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação as partes. O **artigo 4/2 do CR Predial** repete a mesma ideia, com uma

formulação algo diversa, em que são referidos como sujeitos a registo «os factos constitutivos da hipoteca». A realidade jurídica anterior ao registo, na situação em causa é desprovida de natureza real. É isso que os preceitos legais em causa significam e por isso se pode com correção dizer que o registo da hipoteca é constitutivo (do direito real).

- A sujeição a registo abrange todas as espécies de hipoteca: legais, voluntárias e judiciais.

Âmbito físico

- A mutabilidade dos prédios é uma fonte de dúvida potencial relativamente ao âmbito físico dos objetos das hipotecas. O **artigo 691º/1** é dirigido à prevenção dessas dúvidas estabelecendo o que nesse plano, é abrangido pela hipoteca.
- As dúvidas não resultam apenas da mutabilidade dos prédios, mas também da dificuldade de qualificação de certas coisas como «partes integrantes».
- Os números 2 e 3 do artigo 691 procuram evitar esse tipo de dúvidas. Por outro lado, representam uma superação da especialização tendencialmente rígida das garantias reais, em razão da natureza imobiliária ou mobiliária do seu objeto.
- A hipoteca abrange, então:
 - As coisas imóveis referidas nas alíneas c a e do artigo 204º/1
 - As acessões naturais
 - As benfeitorias

Obrigações cobertas pela hipoteca

- Acessórios do crédito que constem do registo (**artigo 693º/1**): juros que o crédito principal vença e outros créditos com ele conexos.
- Apenas podem ser contabilizados juros relativos a três anos (**artigo 693º/2**)
 - ❖ **Querela doutrinária:** três primeiros anos, três últimos anos, três anos à escolha do credor? Parece fazer mais sentido que sejam os juros relativos aos últimos três anos. Mas os credores hipotecários podem rejeitar isto, pois nos últimos três anos, as taxas de juro podem diminuir, podendo ser mais altas nos primeiros três anos.

Regra da indivisibilidade (artigo 696º)

- É determinado que salvo convenção em contrário a hipoteca é indivisível subsistindo por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que a constitua, ainda que a coisa ou o crédito seja dividido ou que este se encontre parcialmente satisfeito (**artigo 696º**).
- Em caso de divisão do prédio, a hipoteca ficará a onerar ambos os prédios que resultam da divisão, respondendo cada um deles pela totalidade da dívida garantida.
- Em caso de hipoteca com vários imóveis, ambas as coisas respondem pela totalidade da dívida. Os bens respondem solidariamente daí que se chame à regra em causa a da solidariedade da hipoteca.

Vários problemas se levantam:

- O que acontece para efeitos dessas novas hipotecas é difícil estimar os valores a atribuir aos bens pois está no arbítrio do titular da primeira hipoteca em caso de execução, fazer recair esta sobre um ou outro bem.
- Outro problema tem que ver sobre que ordem é que os bens devem ser vendidos e fasear essa venda: o **artigo 697º** diz que o dono da coisa hipotecada tem direito a opor-se a que a execução se estenda além do necessário à satisfação do direito do credor, mas esta regra não responde a todas as questões e a sua concretização abre largo campo de discussão.

O crédito imobiliário começou por ser cedido ao promotor imobiliário para construir no terreno. A partir do momento em que se constitui a propriedade horizontal, o promotor imobiliário torna-se proprietário do prédio. Quando se constitui hipoteca ela passa a incidir também sobre as frações autónomas – objeto plural da hipoteca. Quem compra a fração autónoma tem de se sujeitar ao facto de todas as frações responderem pela totalidade da dívida.

Transmissibilidade e nova oneração de bens

- A hipoteca não impossibilita a nova transmissibilidade da coisa (**artigo 695º**). É possível não apenas transmitir o bem, mas também criar novas hipotecas (**artigo 713º**). É lícito convencionar que o crédito hipotecário se vencerá logo que estes bens sejam alienados ou onerados (**artigo 695º**).

Transferência da hipoteca para créditos indemnizatórios

- A hipoteca incide sobre uma coisa. Se a coisa desaparece e se deteriora, há direito à indemnização, não apenas para o proprietário, mas também para o credor que tem preferência.
- Neste caso, a hipoteca deixa de incidir sobre uma coisa, passando a incidir sobre o direito à indemnização.

Exemplo: há uma expropriação, o valor da indemnização vai não só para o proprietário, mas também para o usufrutuário e para o hipotecário

Exemplo 2: a coisa é destruída e há indemnização por força da destruição, essa indemnização é devida não só ao proprietário, mas também ao credor hipotecário.

O arrendamento do imóvel hipotecado

- No nosso direito vigora uma regra segundo a qual a locação não cessa por força da alienação do bem locado, ficando o novo adquirente na posição de locador (**artigo 1057º**).
- A venda judicial, nos termos do **artigo 824º/2**, extingue todos os direitos reais de garantia e gozo, de modo que o direito do arrendatário sobrevive à venda judicial. Deste modo, o adquirente judicial dos bens passa a ser senhorio, passando a ter que conviver com o contrato de arrendamento.

Isto funciona de forma diferente consoante o arrendamento seja anterior ou posterior à hipoteca:

- **Arrendamento anterior à hipoteca:** o banco já sabe que lá está um arrendatário e como esta figura é imune, a garantia que o imóvel presta é uma garantia fraca. Isto funciona assim porque quem comprar em hasta pública nunca lá vai conseguir meter os pés. Quando o bem está a conceder crédito e se considera ficar com hipoteca sobre algo arrendado, vai ter-se isto em conta e pedir outras garantias, por exemplo.
- **Arrendamento posterior à hipoteca:** pensa-se tratar-se de uma boa garantia. Quando a meio do percurso surge um arrendamento, se esse arrendamento é imune à hipoteca, o banco vai ficar extremamente prejudicado. Emprestou dinheiro a contar com uma garantia com tanto valor, e no final do dia foi para lá um inquilino que retirou valor ao imóvel e diminui a garantia do banco. Neste caso faz-se uma leitura mais forte do **artigo 824º** e a posição do locatário passa a cessar com a venda pública.

Cedibilidade ou transmissibilidade da hipoteca

- O credor hipotecário pode ceder a hipoteca (**artigo 727º**). A hipoteca é cedível mesmo que não seja simultaneamente cedido o crédito garantido. Porém, existem limites:
 - Se o bem hipotecado pertencer a terceiro, tem de haver o consentimento deste;
 - Só é lícita a transmissão de hipoteca para garantia de crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor;
 - A cessão tem de observar as regras da cessão de créditos;
 - A hipoteca que incida sobre mais do que uma coisa só pode ser cedida na sua totalidade;

Substituição ou reforço da hipoteca

- No caso de perecimento do objeto da hipoteca, ou de esta se tornar insuficiente para prestar segurança da dívida, o credor pode exigir a substituição do reforço da hipoteca (**artigo 701º**)
- Caso o devedor não reforce a garantia, o credor pode exigir o cumprimento imediato da obrigação garantida.

Expurgação da hipoteca

- a expurgação consiste na extinção da hipoteca pelo adquirente da coisa hipotecada (é distinta da renúncia do credor). Esta forma de extinção é por iniciativa do adquirente, consistindo num direito potestativo que lhe é concedido (**artigos 721º - 723º**).

Exemplo: imagine-se que a coisa pertencia a A e havia uma hipoteca a favor do banco B. O C adquire ao A a coisa sabendo que lá há uma hipoteca. C pode expurgar a hipoteca pagando a dívida ao banco (credor hipotecário) ou entregando ao credor o valor do bem (este valor pode ser inferior ao valor da dívida).

3.2.2. Regime específico

- A hipoteca pode ser constituída por terceiro (**artigo 717º/1**).
- A hipoteca pode ser constituída por contrato ou por negócio jurídico unilateral (**artigo 712º**)
- O ato de constituição da hipoteca deve constar de escritura pública ou documento particular autenticado (**artigo 714º**)
- **Proibição do pacto comissório (artigo 694º):** é nula a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir. Na história da humanidade, era frequente que o credor hipotecário, aquando da constituição da hipoteca, pudesse ficar com a coisa. Assim, a lei proíbe o pacto comissório. No penhor, por exemplo, esta proibição é afastada. Até há pouco tempo, não havia qualquer exceção a esta regra da proibição do pacto comissório, sendo considerado um princípio da ordem pública internacional do Estado português.
- É igualmente nula a convenção que proíba o respetivo dono a alienar ou onerar os bens hipotecados (**artigo 695º**)

3.2.3. Extinção da hipoteca

O regime da extinção da hipoteca encontra-se nos **artigos 730º a 732º**.

A hipoteca extingue-se por:

- **Extinção da obrigação garantida:** as garantias reais são acessórias da obrigação. Se a obrigação se extingue, extingue-se a obrigação;
- **Prescrição/Caducidade:** decorridos 20 anos sobre o registo e 5 sobre o vencimento da obrigação;
- **Perecimento da coisa hipotecada:** a hipoteca extingue-se com o perecimento, mas pode sempre haver uma transferência da hipoteca para os créditos indemnizatórios;
- **Renúncia pelo credor hipotecário:** porque mesmo quando há o pagamento da dívida por terceiro, ao receber o valor nos termos do **artigo 731º/1**, há uma extinção da hipoteca por força do pagamento da dívida por terceiro. Tal renúncia não carece de aceitação pelo devedor ou do dono dos bens hipotecados e dispõe sobre a forma de declaração.

3.3. O penhor

O penhor confere ao credor o direito a ser pago com preferência sobre os demais credores, por uma coisa corpórea móvel, créditos ou outros direitos (artigo 666º). Resulta sempre de um negócio jurídico – o penhor*.

Pode ser constituído pelo devedor, ou por terceiro (**artigo 666º/1 e 667º**).

Ao contrário da hipoteca, no penhor, o titular do direito de penhor é considerado possuidor mesmo que não esteja na detenção da coisa.

***Nota:** penhor é uma palavra polissémica: pode significar o direito real de garantia ou o negócio jurídico constitutivo do mesmo.

❖ **Querela doutrinária: O penhor tem de ser um contrato ou pode ser um negócio jurídico unilateral?**

- O negócio jurídico pode consistir numa prestação e caução (**artigo 666º/2**);
- Discute-se se a tradição é o elemento constitutivo do negócio jurídico penhor; se a entrega da coisa é necessária para a constituição do penhor.

Artigo 669º: O penhor só produz efeitos com a entrega da coisa.

- Não funciona desta forma em determinados tipos de penhor – penhor em favor de instituições de crédito.

Objetos possíveis do penhor:

- **Coisas móveis, créditos outros direitos não suscetíveis de hipoteca:** Por exemplo, um automóvel é hipotecável, pois está sujeito a registo, logo não é penhorável. Enquanto o automóvel ainda está na alfândega e ainda não foi levado ao registo automóvel português ainda não é possível hipotecá-lo. Nesse momento é possível penhorá-lo. Isto porque são empenháveis bens que, embora pertencentes a uma categoria de bens sujeitos a registo, não preenchem (já não preenchem ou ainda não preenchem) os requisitos necessários para que os direitos sobre eles sejam registáveis.
- **Participações sociais:** A participação social é a posição jurídica do sócio – conjunto dos direitos e deveres de um sócio, que tem um valor económico e pode ser corporizado num documento. Esse conjunto de direitos e deveres pode ser coisificado, tornando-se possível a constituição de penhor sobre as ações.
- **Coisas corpóreas**
- **Créditos**

Obrigações cobertas: à semelhança da hipoteca, o penhor pode garantir obrigações futuras e condicionais (**Artigo 666º/3**).

No entanto, enquanto na hipoteca só estavam cobertos juros até três anos, no penhor não há nada semelhante, e assim toda a obrigação de juros está coberta. Deste modo o penhor pode garantir para além do crédito de capital, juros sem qualquer limite temporal (**Artigo 663/2**).

❖ **Querela doutrinária: Pode um estabelecimento comercial ser objeto de penhor?**

O conceito de estabelecimento legal não tem consenso doutrinário, uma vez que não há lei expressa sobre o assunto.

Consiste num conjunto de realidades de natureza diversa funcionalmente unificados por uma gestão conjunta e pela afetação a um mesmo fim. Engloba:

- Posições contratuais com trabalhadores, distribuidores e fornecedores;
- Posições contratuais com instituições bancárias.
- Generalidade de créditos e débitos;
- Direitos de propriedade industrial.

Nota: A fração autónoma (local do estabelecimento) não tem de fazer parte do estabelecimento comercial – só tende a acontecer quando o seu proprietário é o dono do estabelecimento. Mas normalmente esses locais são arrendados (direito pessoal de gozo – não passará de outra posição contratual).

Quanto à sua natureza:

- Há quem diga que é uma coisa complexa, simultaneamente corpórea e incorpórea;
- Há quem diga que é uma universalidade de facto, direito e facto e direito;

Não pode haver hipoteca sobre o estabelecimento comercial, mas e penhor?

- **Posição tradicional:** Lima e Antunes Varela – não pode haver penhor sobre a universalidade de facto
→ Esta opinião é anterior à reforma do processo civil que permitiu a penhora. Se é possível haver penhora, também pode haver penhor constituído previamente.
- **Doutrina maioritária:** é admissível o penhor do estabelecimento comercial, mas só com traditio.

3.3.1. Regras do regime comum

- **Necessidade de entrega, traditio (artigo 669º):** esta regra é afastada para os regimes especiais, nos quais é possível haver penhor sem desapossamento.
 - **Possibilidade de convenção quanto à execução extrajudicial (artigo 675º):** enquanto a hipoteca só pode ser executada judicialmente, o penhor pode ser executado extrajudicialmente se houver estipulação nesse sentido. É também lícito as partes acordarem em que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor por um valor a fixar pelo tribunal.
- **Proibição do pacto comissório (artigo 678º):** é nula a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir. É uma norma remissiva, pois nesta situação é aplicável ao penhor o regime da hipoteca.
- **Atribuição ao credor de direitos em relação à coisa:** Além do direito de se fazer pagar pelo respetivo valor (obrigação principal) em caso de incumprimento da obrigação garantida, a lei atribui ao credor outros direitos. São eles:
 - Cobrar os frutos da coisa empenhada (**artigo 672º**)
 - Defender a posse, ainda que contra o próprio dono (**artigo 670º, a**)
 - Levantar benfeitorias ou ser indemnizado por elas (**artigo 670º, b**)
- **Atribuição ao credor do direito de exigir a substituição ou reforço do penhor (artigo 670º, c):** No caso de a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente para a segurança da dívida, o credor pode exigir a substituição ou o reforço do penhor ou ainda o cumprimento imediato da obrigação garantida.

3.3.2. Regimes especiais de penhor

- **Penhor de direitos (679º e ss.):** tem como objeto os direitos transmissíveis sobre coisas móveis.
- **Penhor financeiro:** Trata-se de um subtipo do penhor de direitos que tem como objeto saldos de conta bancária ou instrumentos financeiros e créditos sobre terceiros. Os contratos de garantia financeira só podem ser feitos por pessoas coletivas e uma das partes tem que ser uma entidade pública. (**DL 105/2004 de 8 de maio**)
- **Penhor mercantil ou comercial:** o penhor é mercantil ou comercial quando a dívida contraída é um ato de comércio.
- **Penhor a favor de instituições de crédito:** Apesar de não haver traditio, o credor é possuidor e o outro é possuidor em nome alheio. (**DL 29/833**)

- **Penhor a favor de prestamistas: (DL 75/99)**
- **Penhor a favor de exequente**

3.3.3. Modos de extinção

O penhor extingue-se pelas seguintes causas (**artigo 667º**):

- Restituição da coisa empenhada;
- Restituição do documento que confira a disponibilidade exclusiva sobre a coisa empenhada;
- Factos que determinem a extinção da hipoteca com ressalva da prescrição;

3.4. Consignação de rendimentos

Esta trata-se de uma figura em que não há satisfação do crédito através do valor da coisa, mas sim através dos rendimentos da coisa. Incide quer sobre móveis sujeitos a registo, quer sobre imóveis.

A dimensão do penhor no **artigo 627º** corresponde à consignação de rendimentos. Esta não é uma figura de grande aplicação prática, apesar de o artigo 672º ser aplicado com grande frequência. Se as ações forem empenhadas, há que saber o que fazer aos dividendos na pendência do penhor.



Artigo 672º

“Os frutos da coisa empenhada serão encontrados nas despesas feitas com ela e nos juros vencidos, devendo o excesso, na falta de convenção em contrário, ser abatido no capital que for devido. Havendo lugar à restituição de frutos, não se consideram estes, salvo convenção em contrário, abrangidos pelo penhor”

3.4.1. Modos de constituição

A consignação pode ser (**artigo 658º**):

- Voluntária: constituída pelo devedor ou por terceiro
- Judicial: exultante de uma decisão do tribunal

A consignação voluntária pode ser constituída por:

- Negócio jurídico
- Testamento

Na consignação judicial, no processo executivo, normalmente procede-se a penhor e depois à venda. Porém, também é possível, em vez de vender a coisa, consigná-la para que as rendas acabem de satisfazer os créditos.

Nota: Quando ocorre voluntariamente (**artigo 660º**), a consignação está sujeita a forma especial e a registo

3.4.2. Posse dos bens

Levanta-se a questão de saber o que acontece com os bens quando há consignação de depósito. Essa matéria é regulada pelo **artigo 661º** com ampla autonomia negocial. Os bens alvo da consignação podem:

- Ficar em poder do concedente;
- Passar para o poder do credor, passando a estar numa posição equiparável à do locatário e passando a existir na sua esfera o dever de administração diligente dos bens (artigo 663º); Se o credor for um profissional, tem de administrar com profissionalismo (diligência do tráfego profissional)
- Passar para poder de terceiro a título de locação ou outro; ainda assim, é o credor quem fica com o direito de receber os respetivos frutos.

Na execução do penhor, quando o credor penhoratício fica com a posse da coisa, tem que a guardar também de forma diligente, e mais do que isso, quando procede à execução extra processual, também tem de atuar com lealdade. Aqui, a ideia é a mesma. Se eu não sou proprietária, mas por força de um direito real fiquei com a posse da coisa, tenho de cuidar dela como se fosse a proprietária.

3.4.3. Obrigações garantidas

O cumprimento da obrigação pode ser (**artigo 656º/1**):

- Condicional
- Futuro

A consignação de rendimentos pode garantir (**artigo 656º/2**):

- O cumprimento da obrigação e dos juros
- Apenas o cumprimento da obrigação
- Apenas o cumprimento dos juros

3.4.4. Modus operandi

A consignação de rendimentos é, em primeiro lugar, uma garantia real e surge quando há o incumprimento do crédito, mas também pode funcionar antes do incumprimento da obrigação. Os rendimentos do imóvel podem ser afetos à satisfação do crédito não apenas após o incumprimento, mas antes do incumprimento e quando se está a pagar crédito normalmente, por exemplo em prestações, sem que tenha ainda havido um incumprimento. A garantia funciona, neste caso, como meio de cumprimento e não como meio de pagamento da obrigação incumprida.

Enquanto direito real de garantia, incumprida a obrigação, a consignação tem de obedecer a várias regras (**artigo 659º**):

- Pode funcionar por um determinado número de anos apenas (com um limite de 15 anos), ou funcionar até que seja paga a dívida;
- Os rendimentos são imputados primeiro no pagamento dos juros e só no segundo momento são imputados ao capital (**661º/2**);
- A consignação gera uma obrigação de prestação de contas. Quem está a receber os rendimentos tem de reportar ao proprietário quais os rendimentos que está a receber e vice-versa (**artigo 662º/2**);

3.4.5. Remissões para a hipoteca

Estamos num regime de direitos de garantia relacionados a imóveis, daí que existam estas remissões. Nomeadamente, a nível do **artigo 664º**. Isto quer dizer que a consignação cessa com:

- Decurso do prazo
- Extinção da obrigação
- Perecimento do objeto
- Renúncia do credor

No **artigo 665º** existem também remissões para:

- Regra da indivisibilidade da hipoteca
- Regra da transferência dos direitos para as indemnizações resultantes da perda da coisa
- Regulamento das cláusulas da inalienabilidade
- Regime da substituição e reforço

3.4.6. Conclusões

Ao analisar a consignação de rendimentos, temos que distinguir os momentos em que a consignação ainda não é atuada (não está a funcionar), das situações em que está a funcionar.

- Quando está efetivamente a funcionar e os rendimentos estão a ser colhidos para a satisfação do crédito, nesse caso, o que há é uma dação em função do cumprimento com oponibilidade erga omnes: os rendimentos são afetos à satisfação daquele crédito com oponibilidade erga omnes. Se houver outros credores que também queiram aqueles rendimentos para satisfazer o seu crédito vão estar numa posição de inferioridade, já que existe uma preferência.
- Enquanto não está a funcionar, a consignação é uma mera garantia.

Em todo o caso, difícilmente poderá ser considerada uma garantia real porque:

- Em caso de venda judicial, a consignação de rendimentos desaparece, extingue-se. Se o que está em jogo é saber quem é que recebe os rendimentos, quem recebe é quem tem preferência, mas quando eu quero receber os rendimentos e os outros querem a venda judicial, quem quer a venda judicial vai ganhar. – falta de oponibilidade erga omnes.
- Em rigor, a consignação não implica um direito sobre a coisa em si, mas um direito sobre os rendimentos da coisa.

3.5. Privilégios creditórios

De acordo com o **artigo 733º**, está é uma faculdade que a lei concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência pelos outros credores sobre o valor de determinada coisa.

→ O **modo de constituição** é sempre a lei. É a lei que, para proteger determinados interesses, estabelece determinados direitos reais de garantia.

Tipicamente, o privilégio creditório visa garantir créditos públicos fiscais e semelhantes. Caso aconteça alguma coisa, o Estado vai ter também uma garantia em relação ao seu crédito. Tratam-se de limitações surpresa à propriedade privada. Quando há um privilégio creditório, isso é uma surpresa para o credor hipotecário que pensava ter um bom colateral (garantia).

Os bancos, quando emprestam dinheiro ou financiam os consumidores e a economia, fazem as contas ao valor do colateral (quanto é que vale x). Quando, passados anos, se vai a tribunal para satisfazer o crédito por meio da hipoteca, muitas vezes, os bancos ficam com a satisfação do seu crédito insuficientemente satisfeita. A reação não é apenas terem menos lucros, é também encarecer o crédito. Isto faz com que todas as famílias e empresas suportem os custos sociais das famílias e das empresas que recorrem a bancos.

3.5.1. Espécies

- **Mobiliários** - Incidem sobre móveis (**artigo 735º/1**).
 - Gerais: incidem sobre todos os bens móveis que integram o património de uma pessoa
 - Especiais: incidem sobre um determinado bem móvel
- **Imobiliários** - incidem sobre imóveis (**artigo 735º/2**).
 - Gerais: integram todos os bens imóveis que integram o património de uma pessoa
 - Especiais: incidem sobre um determinado bem imóvel

Na arquitetura do CC, os imobiliários só podem ser especiais, não podem ser gerais. Mas, há legislação avulsa que estabeleceu imobiliários gerais. O CC não quer imobiliários gerais por constituição social de que estas são limitações surpresa.

Os imobiliários gerais surgiram em legislação sobre contribuições para a SS, em legislação de proteção do trabalhador, e em legislação relativa a créditos fiscais (CIRS e CIRC).

Temos ainda dois acórdãos (362/2002 e 363/2002) do Tribunal em que os privilégios imobiliários gerais são declarados inconstitucionais no sentido em que preferem à hipoteca. Isto porque, sendo gerais, não permitem uma antecipação do risco.

3.5.1.1. Exemplos

Privilégios imobiliários gerais:

- **333º, Código do Trabalho:** há uma proteção de créditos laborais (salários em atraso, etc...), em que o privilégio imobiliário não é geral (não incide sobre todos os imóveis da entidade patronal, mas apenas sobre alguns dos imóveis, os que constituem o local de trabalho). Assim, não é um privilégio geral, mas especial, o que permite uma adequação da lei aos critérios do TC. Antes, a legislação laboral não previa este critério, mas sim um critério geral que englobava todos os imóveis da entidade patronal, o que era considerado inconstitucional pelo TC.
- **Contribuições para a segurança social** das empresas por força de terem trabalhadores a seu cargo. Formalmente, quem contribui são os trabalhadores, e quem põe o dinheiro são as empresas. Estes créditos gozam de privilégios imobiliários gerais relativamente à empresa.
- **Créditos por IRS e IRC**

Privilégios mobiliários gerais:

- **Artigo 736º**
 - Despesas do funeral
 - Despesas em final de vida
 - Créditos emergentes do contrato de trabalho
- Legislação da SS
- CIRC e CIRS
- CIR (Código de insolvência e recuperação)

Privilégios mobiliários especiais:

- Despesas de justiça (**artigo 738º**)
- Imposto sobre as doações (**artigo 738º**)
- Crédito de autor de obra integral (**artigo 742º**)
- Imposto de selo
- 738º e ss.

3.5.2. Regime

Temos de verificar a força entre privilégios e a força entre este direito real de garantia e os demais.

➔ **Concurso de créditos privilegiados:** Os créditos privilegiados são pagos segundo a ordem pela qual são indicados no CC (**artigo 745º**):

- Custas de justiça (artigo 746º)
- Créditos fiscais (artigo 747º/1, a)
- Créditos por fornecimento destinados à produção agrícola (artigo 747º/1, b)
- ...

→ Concurso de garantias:

- **Artigo 751º:** preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca e ao direito de retenção os privilégios imobiliários especiais, ainda que a hipoteca e o direito de retenção sejam anteriores. O privilégio imobiliário especial vai estar acima de tudo e vai ser pago em primeiro lugar. Tem uma oponibilidade erga omnes “extremamente musculada”.
- **Artigo 750º:** nos privilégios mobiliários especiais, em relação ao penhor, prevalece o que for mais antigo. O penhor, não sofre tanto com os privilégios especiais como sofre a hipoteca.
- **Artigo 749º:** no que toca aos privilégios gerais (mobiliários), não preferem em relação aos demais, nomeadamente, não prefere ao penhor. Funciona assim no CC, mas na demais legislação, os privilégios gerais prevalecem sempre sobre os demais.

São aplicados à extinção dos privilégios as causas extintivas da hipoteca (**artigo 752º**):

- Extinção da obrigação garantida
- Prescrição
- Perecimento da coisa
- Renúncia

São também aplicáveis aos privilégios creditórios os **artigos 692º, 694º e 699º**.

3.5.3. Natureza jurídica

A natureza real dos privilégios creditórios depende dos casos.

- Quando têm sequela, há oponibilidade perante terceiros e uma preferência sobre os demais credores, logo são claramente direitos reais de garantia;
- Quando não têm sequela, não são direitos reais, sendo apenas meras preferências no pagamento de execução;

3.6. Direito de retenção

O direito de retenção é o direito concedido pela lei a um credor que detém certa coisa consistente em duas faculdades:

- Faculdade de reter a coisa enquanto não for pago (**artigo 754º**);
- Faculdade de se fazer pagar com preferência sobre os credores comuns através do produto da venda da coisa (**artigos 75º e 759º**);

Este é um direito de carácter geral, podendo incidir sobre móveis e sobre imóveis, o que nos permite antecipar que vai entrar em concurso, quer com o penhor, quer com a hipoteca.

A coisa sobre a qual incida o direito de retenção pode pertencer ao devedor, mas também pode pertencer a terceiro.

Exemplo: peguei num carro de um amigo meu contra a sua vontade e resolvo ir pô-lo a arranjar e não paguei. O stand tem o direito de retenção de que enquanto não for pago o arranjo, ele fica lá com o carro. O direito de retenção do empreiteiro é oponível em relação a mim e ao meu amigo que é verdadeiro proprietário do carro e que não teve nada a ver com o assunto.

- O direito de retenção goza de oponibilidade erga omnes;
- O direito de retenção não está sujeito a registo; quando incida sobre bens que eles próprios estejam sujeitos a registo, imóveis e automóveis, o direito de retenção não necessita de publicidade registral.
- O direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido registada anteriormente (**artigo 759º/2**)
- A sua natureza é semelhante a um penhor ou a uma hipoteca, pelo que, claramente, o direito de retenção tem carácter real e é considerado um direito real de garantia.

3.6.1. Aspetos gerais

O direito de retenção, no OJ português é previsto numa legislação, de duas formas:

- Através de uma cláusula geral: consagrada no 754º
- Através de casos especiais: elencados no 755º

Pelo **artigo 754º**, de forma geral, em todas as situações em que há um crédito e uma detenção da coisa com obrigação de devolução, funciona o direito de retenção.

Exemplo: empreitada. Quando há a construção e um imóvel, para além do crédito hipotecário do banco, também temos um empreiteiro que está a construir o edifício. A situação do empreiteiro é subsumível ao 754º. Ele tem despesas pela construção do edifício e só vai largar o edifício se lhe pagarem as despesas. O credor hipotecário do banco fica, mais uma vez, para trás.

No **artigo 755º** encontramos um elenco de várias situações da vida que geram um direito de retenção. Goza de direito de retenção:

- O transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte;
- O albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido;
- O mandatário sobre as coisas que lhe tenham sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua atividade;
- O gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta;
- O depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues, em consequência dos respetivos contratos;
- O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante de não cumprimento imputável à outra parte. A situação típica é a de se estar a fazer a construção de um edifício, as frações autónomas foram objeto de contrato-promessa, mas depois há uma hipoteca do banco para se fazer a construção. O banco, ao executar a hipoteca, vai perceber que os promitentes-compradores têm direito de retenção, desde que estejam a ocupar a coisa.

3.6.2. Pressupostos positivos e negativos

Pressupostos positivos (artigo 754º):

- Retenção de um bem alheio
- Dever de entregar esse bem
- Crédito sobre o credor da entrega (o credor pode não ser o dono da coisa)

- Conexão entre o crédito do retentor e o crédito do credor da entrega: que estejam na mesma relação obrigacional. Nesta relação há uma pessoa que tem um crédito e que tem a detenção de uma coisa.

Pressupostos negativos (artigo 756º): não há direito de retenção quando:

- A favor dos que tenham obtido a coisa a entregar por meios ilícitos
- O crédito do retentor resultar de despesas de má-fé
- O bem é impenhorável
- Quando haja uma prestação de caução

Artigo 759º: O direito de retenção só é transmissível quando seja transmitido o crédito que ele garante.

Nota: De acordo com o CPC, em caso de penhora, o retentor é que será o depositário. Mesmo que haja uma apreensão judicial (penhora), o titular de direito de retenção continua a ser o possuidor da coisa.

Confronto com a exceção de não cumprimento (artigo 428º)

Se eu tenho que devolver a coisa e tenho um crédito pelo arranjo da coisa, tenho duas prestações e posso olhar para o regime do 428º e não apenas para o direito de retenção.

Ambas as normas são potencialmente aplicáveis em simultâneo e à mesma situação da vida. Porém, o direito de retenção é mais forte que a figura do 428º. A diferença é que o 428º é apenas “não devolvo enquanto não obtiver o pagamento”, e o 754º dá a mais duas coisas “não devolvo com oponibilidade erga omnes e que ninguém aparece por cá a dizer que tenho de devolver”. A exceção e não cumprimento também permite a não entrega, mas não o permite com eficácia erga omnes. O 754º tem ainda a vantagem de se poder vender a coisa para que o crédito seja garantido.

3.6.3. Principais situações de relevância

- **Direito de retenção do promitente-comprador de um imóvel (755º/1, f):** os créditos garantidos por esta alínea são os créditos previstos do 442º/2 segundo o qual em caso de incumprimento, o promitente-comprador tem direito ao sinal em dobro. Se tiver a posse da coisa, o promitente-comprador pode também retê-la: tem direito de retenção sobre ela. Esta previsão não levanta problemas na aplicação prática, mas levanta problemas no que toca às garantias surpresas a que ficam sujeitos os bancos e os mercados imobiliários. O que acontece é que o mercado imobiliário é muito inflacionado e como tal, as pessoas recorrem muito ao crédito bancário, fazendo com que os bancos constituam hipotecas. A hipoteca abrange o edifício que está a ser construído e quando há incumprimento, primeiro há lugar ao pagamento do crédito do promitente-comprador e só depois há lugar ao pagamento da hipoteca. Como se protege primeiro o consumidor, o banco fica para segundo lugar e aí tem de repercutir as suas perdas no mercado de crédito. Estas garantias surpresas, como a prevista no 775º/1,f, são garantias que destroem a economia. Diferente seria se o banco, ao constituir a hipoteca, já soubesse que havia uma garantia que prevalecesse sobre a hipoteca. Sobre esta matéria figura o acórdão 4/2014, onde se levantam questões de desproteção da hipoteca e de inconstitucionalidade, segundo o qual, o promitente-comprador goza de direito de retenção em caso de insolvência do promitente-vendedor quando é consumidor. Quando não é consumidor, o acórdão não esclarece, mas parece apontar para

Quando há um contrato promessa, tradição da coisa e sinal, o promitente goza do direito de retenção do artigo 755º/1,f desde que seja consumidor. Todavia, esta proteção não é apenas para o consumidor. Goza deste direito de retenção o comprador que está a comprar na loja, ...

- **Direito de retenção do promitente-comprador sobre uma fração autónoma que ainda não foi constituída:** Caso em que se promete vender (contrato-promessa) não uma fração autónoma que já existe, mas uma fração

autónoma que vai existir. É possível fazer um contrato-promessa nestes moldes, mas a questão é saber se podemos ou não aplicar o 755º/1,f nestas situações. O contrato-promessa é feito sobre o prédio ainda em propriedade singular, ainda não tendo sido constituído sobre propriedade horizontal. Assim, tem que se saber se o promitente-comprador que já obteve a tradição daquele apartamento que anda não existe, pode exercer um direito de retenção, não sobre o prédio, mas sobre um apartamento que ainda não constitui uma fração autónoma, uma vez que o prédio ainda não se encontra sobre o regime da propriedade horizontal.

Existe um acórdão que aponta para que possa haver direito de retenção nesta situação: que “tendo havido tradição de fração de prédio urbano, o promitente comprador goza do direito da sua retenção, mesmo que o edifício ainda não esteja submetido ao regime de propriedade horizontal”. O argumento dado pelo STJ é de que não seria conforme ao fim da regra restringir o seu âmbito em função de a propriedade horizontal não estar constituída.

Do ponto de vista dos direitos reais, isto é uma asneira por vários motivos:

- O direito de retenção só pode ter como objeto coisas e não parte de coisas, sendo que tal é visível no **artigo 754º** «o devedor que disponha de um credito contra o seu credor goza de direito de retenção se estando obrigado a entregar *certa coisa*, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados». Tal exigência é feita para o objeto da hipoteca (artigo 686/1) e para o objeto do penhor (artigo 666/1).
 - Só deveriam ser constituídos direitos reais de garantia depois de ser alienados. Se não podem ser penhorados não podem ser objetos de garantia.
 - A força dos direitos reais de garantia surge com o pagamento em sede de venda judicial. Assim, como é que se vai vender uma fração autónoma que ainda não foi constituída? Neste caso quando formos para tribunal a única coisa que se pode executar é toda a propriedade e não apenas a fração autónoma.
 - Quanto à característica da especialidade ou individualização, de que os direitos reais incidem necessariamente sobre certas coisas, entra em colisão com esta característica dos direitos reais. O direito real e o seu objeto são inseparáveis: o direito nasce sobre um certo objeto e só subsiste enquanto o objeto subsistir, entendendo esse objeto de ser algo dentro do comércio jurídico.
 - Não é razoável pensar que a regra do artigo 755/1 f) afasta o regime geral do direito de retenção (no sentido de alargar o direito de retenção a objetos que não são coisas), pois esse afastamento implicaria alterações noutras peças do sistema jurídico, nomeadamente nas regras relativas à venda executiva, ao registo predial e à propriedade horizontal.
 - Na vertente da obtenção do pagamento pelo valor da coisa, os promitentes compradores em causa não têm a possibilidade de fazer valer o seu direito. Ninguém pode adquirir (nem em venda executiva) a propriedade de uma fração autónoma que não existe.
- **Direito de retenção do empreiteiro:** são as situações em que há uma empreitada para construção de um edifício em que o empreiteiro não é pago e tem créditos sobre a obra e se recusa a entregá-la. Esta questão não está prevista em nenhuma das alíneas do 755º, mas é subsumível ao 754º que tem a cláusula-geral sobre o direito de retenção. Para além disto, existe muita jurisprudência neste sentido. Coloca-se de novo o problema face ao crédito hipotecário. Mais uma vez o banco financiou a construção dos imóveis e de repente toda a gente aparece a dizer que tem direito de retenção e que este prevalece sobre a hipoteca. Se olharmos para a letra do 754º, vemos que o direito de retenção funciona em função de créditos com despesas feitas pela coisa ou danos causados pela coisa. No caso da empreitada, o crédito em causa pode ser o crédito resultante de despesas feitas com a coisa. Este aspeto do regime é um aspeto que não é suficientemente bem trabalhado pelos advogados de ambas as partes porque o crédito que os empreiteiros costumam invocar é o crédito ao preço da empreitada. O que gera o direito de retenção é o preço feito com despesas pela coisa e não o preço da empreitada.

3.6.4. Modos de extinção

De acordo com o **artigo 761º**, o direito de retenção extingue-se pelas mesmas causas por que cessa a hipoteca e ainda pela entrega da coisa. Ou seja, o direito de retenção extingue-se por:

- Extinção da obrigação garantida
- Prescrição
- Perecimento da coisa
- Renúncia
- Entrega da coisa

❖ **Querela doutrinária:** a parte final do **artigo 824º/2** («com exceção dos que constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo») abrange só os «demais direitos reais que não tenham registo anterior» ou abrange os «direitos de garantia»?

↙ Não há uma resposta consensual, sendo que a opinião maioritária é de que a ressalva não abrange os direitos de garantia e de que portanto estes caducam todos.

O **artigo 824º/2** é um artigo fundamental para compreender os direitos reais de garantia que visam a satisfação do crédito. O ponto central é o processo executivo e a venda executiva da coisa, cujo produto vai satisfazer os credores. Face ao direito de retenção, quem vai comprar um bem ou imóvel numa ação executiva vai querer comprá-lo livre de ónus e encargos. Paga-se a todos os credores com direitos reais de garantia e ao mesmo tempo todos os direitos reais de garantia são extintos para que a coisa seja vendida livre destes encargos. Daqui resulta também um motivo de extinção dos direitos reais de garantia. Assim, o direito de retenção extingue-se plenamente com a venda no processo executivo, tal como os demais direitos de garantia, quer quanto à faceta de retenção, como quanto à faceta de obtenção da satisfação do crédito pelo valor da coisa. A faculdade de retenção não pode prejudicar o desenvolvimento da ação executiva: a faculdade de retenção não tem força para isso. De qualquer forma, em resultado da ação executiva, o credor pode sempre reclamar a satisfação do seu crédito.

3.7. A penhora

A penhora não se confunde com o penhor. A penhora é o ato do processo executivo que afeta a coisa à satisfação do crédito.

A penhora tem uma dimensão:

- Processual: ato do processo executivo
- Substantiva (real): apreensão da coisa em processo executivo

A penhora efetiva-se relativamente a móveis e imóveis sujeitos a registo.

A penhora opera através do registo: a primeira coisa a fazer é a inscrição registral da penhora. Depois, se necessário, procede-se à apreensão material da coisa.

Em relação a bens móveis não sujeitos a registo, a apreensão da penhora já não é realizada através da inscrição registral, sendo apenas realizada através da apreensão material. O proprietário, normalmente, continua com as coisas nas suas mãos, mas tem de agir como depositário.

A figura da penhora é regulada a propósito da realização coativa da prestação:

- **Artigo 819º:** a penhora implica uma ineficácia dos atos de disposição, oneração e arrendamento em relação à execução. A partir do momento em que há uma penhora o bem que é de A e que tem uma dívida em relação a B, B consegue através de ação executiva adquirir o bem. Se A vender o bem a C, o direito de B prevalece já que há ineficácia da venda de A a C. Realizada a penhora B ganha proteção erga omnes independentemente dos atos de disposição, oneração ou arrendamento dos bens executados que são ineficazes.

- **Artigo 828º:** temos uma preferência face aos demais credores sem direito real de garantia anterior. Quem realiza a penhora fica com preferência face aos credores que não tenham um direito real de garantia anterior. Se a hipoteca foi registada antes da penhora, prevalece a hipoteca. Se foi ao contrário, prevalece a penhora. Se houverem duas penhoras, prevalece a primeira. Trata-se de um critério temporal. Se a penhora estiver em confronto com um privilégio creditório, o privilégio creditório prevalece sobre todos os outros direitos reais de garantia. Se for um confronto com o direito de retenção, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca. Temos que olhar para o artigo 140º/3 do CIR que diz que em caso de insolvência, a preferência resultante da penhora cessa: deixa de atuar com o processo de insolvência.

3.7.1. Natureza jurídica

A penhora tem oponibilidade erga omnes, resultante dos **artigos 819º e 828º**. Porém, apesar de ter quer o lado interno, quer o lado externo dos direitos reais, tem um lado externo muito fraco, o que torna a sua oponibilidade erga omnes muito limitada. Isto torna o carácter real da penhora de baixa intensidade.

3.8. O arresto

O **arresto** é uma providência cautelar de afetação provisória da coisa à satisfação de um crédito. Visa proceder a uma tutela provisória do credor, enquanto não se obtém a penhora. É como se fosse uma medida provisória face à penhora.

Realizado o arresto, nos termos do **artigo 622º/2**, os bens arrestados gozam de um efeito de imunidade face aos atos de disposição. Há como que uma paralisação das ações do devedor que deixa de conseguir dissipar o seu património.

Requisitos do aresto (artigo 619º):

- Crédito
- Justo receio de perda de garantia patrimonial

Tipicamente, o arresto é convertido em penhora

Artigo 772º do CPC: o arresto tem como destino natural a transformação em penhora: ou se extingue ou se converte em penhora, pois estamos perante uma apreensão provisória. Assim o credor mete ação declarativa para haver reconhecimento do seu crédito, com o fim de haver ação executiva para haver satisfação do seu crédito, sendo que num terceiro momento há a penhora. Na venda judicial temos então um regresso ao regime da penhora. Há portanto três fases:

- Providencia cautelar
- Ação declarativa
- Ação executiva

O arresto é um direito de garantia real semelhante à penhora?

Sim, tem efeitos semelhantes à penhora e é um direito com algum carácter real ainda que com intensidade baixa. Mas o arresto, ao contrário da penhora, não é definitivo, é meramente provisório, o que enfraquece ainda mais o seu carácter real. O arresto tem um carácter real, mas in faciendo, isto é, em construção (provisório).

3.9. A propriedade com função de garantia

Não se trata de um direito real de garantia, mas de uma situação em que um direito real de gozo é utilizado para efeitos de garantia.

A este propósito vamos analisar três situações:

- **Propriedade fiduciária com função de garantia:** a propriedade fiduciária não tem acolhimento legal em Portugal. O que temos em Portugal é a propriedade e ponto final. Nas situações de propriedade fiduciária, temos, sem carácter real, uma relação jurídica entre o fiduciante e o fiduciário. Eu, enquanto fiduciante tenho uma dívida e o meu credor quer que eu lhe preste um bem a devolver se lhe pagar a dívida. O fiduciário vai tratar desse bem no meu interesse e caso eu incumpra a minha dívida, ficará com ele. Nesta propriedade temos as características:
 - Atribuição do direito de propriedade;
 - Acordo que limita os poderes do fiduciário perante o fiduciante;
 - Excesso de meios face aos fins: a propriedade que é transmitida tem eficácia erga omnes, mas o acordo que limita a utilização os dois é meramente obrigacional, sem efeitos reais. Assim, o direito real foi transmitido ao fiduciário, mas não este não ficou com nenhum direito real com eficácia erga omnes.

Exemplo: A tinha um direito de propriedade com eficácia erga omnes, mas fez um acordo com B e deixou de ser proprietário. A propriedade passou para B que tem agora um direito com eficácia erga omnes. B emprestou dinheiro a A e como garantia quis que o bem passasse logo para a sua esfera jurídica. Fizeram um contrato em que houve uma transmissão da propriedade no qual ficou estabelecido que B vai usar sempre a propriedade no interesse de A e se este pagar, a propriedade é devolvida. Este vínculo contratual de guardar a propriedade enquanto estiver a ser pago o empréstimo têm um valor meramente obrigacional e não um carácter real. Do ponto de vista real, a propriedade foi transmitida para B e A não tem uma pretensão real, mas sim um direito pessoal sobre B. A propriedade plena é transmitida e A apenas fica com um vínculo obrigacional perante B.

Ao fazermos este esquema não estamos a contornar a proibição de pacto comissório?

Este esquema da propriedade fiduciária é parecido ao pacto comissório. No pacto comissório A, o proprietário, constitui um penhor ou uma hipoteca a favor de B. Depois, para além disto, existe um pacto comissório que diz que se houver incumprimento, B automaticamente adquire a coisa.

Há um entenda que a propriedade fiduciária como garantia real é uma forma de pacto comissório e que por isso não é possível, ou permitida. É esta a opinião do professor Pedro caetano Nunes.

- **Instituto da reserva de propriedade (409º):** A reserva de propriedade é uma cláusula contratual num contrato de alienação que determina que a propriedade apenas se transmite num momento posterior. A situação mais frequente é aquela em que a transmissão da propriedade está condicionada pelo pagamento integral do preço. Numa situação e reserva de propriedade há uma delimitação sobre quem fica proprietário. O alienante permanece proprietário com eficácia erga omnes. Em caso de bens sujeitos a registo

Exemplo: A, proprietário, vende a B e diz que só transmite a propriedade quando houver o pagamento integral do preço. Assim, A vende ao B e de acordo com o regime do 4908º. Normalmente há uma transmissão automática da propriedade, mas o artigo 408º constitui uma exceção. A permanece, assim como proprietário, só transitando para B com o pagamento integral da coisa.

❖ **Querela doutrinária:** natureza jurídica da reserva de propriedade

- ➔ **Tese tradicional:** a reserva de propriedade implica uma condição suspensiva. Enquanto não ocorrer o evento estipulado, tipicamente o pagamento integral, há uma condição suspensiva e a propriedade permanece no alienante. Quando ocorrer o pagamento do preço, deixa de haver uma suspensão e a propriedade transmite-se.

- **Tese da condição resolutiva:** a propriedade transmitiu-se ad inicio para B e se o pagamento não for pago é que há uma condição resolutiva que faz a propriedade voltar para A. Tem muito pouca adesão doutrinária, mas tem como consequência a proteção da posição de B.
- **Tese intermédia:** há alguma partilha de direitos reais. A questão não pode ser vista de uma forma tão radical. Os direitos reais não podem estar todos em A ou B, há sim uma partilha dos direitos com eficácia erga omnes. A permanece com o direito real de gozo e B tem um direito real de aquisição. O que está inscrito no registo predial é não apenas que a propriedade está na esfera de A, mas que B tem direito de aquisição e que se tornará proprietários e pagar o preço integral. Assim, quer na esfera jurídica de A, quer na de B, há direitos reais.

Possibilidade de transmissão da posição do alienante: A faz uma compra e venda com B e reserva para si a propriedade. O que se discute é se A pode constituir a reserva de propriedade a favor de C. Isto é dificilmente compatível com a letra da lei (“reserva para si”), mas é muito frequente no mundo dos negócios. Permitir isto é violar a tipicidade dos direitos reais. Uma reserva de propriedade a terceiro é um direito real não previsto na lei. Ainda assim, existe jurisprudência favorável e desfavorável a favor da transmissão da reserva de propriedade.

- **A propriedade do locador financeiro:** Há situações que são semelhantes à situação da reserva de propriedade. A locação financeira relaciona-se com a atividade bancária. Temos os bancos a emprestar dinheiro para efeitos de consumo ou de aquisição de equipamentos pelas empresas, financiando compras e vendas. A vende a B e C empresta o dinheiro e exerce uma hipoteca sobre B. A transmite a propriedade a C, à financeira e esta faz uma locação financeira que é uma espécie de misto entre o contrato de mutuo e de locação. A financeira passa a ser proprietária, faz uma locação a favor de B que fica a pagar a prestações e no final, se pagar todas as rendas, fica proprietário. Basicamente, a empresa permanece como proprietária como garantia, sendo que no final se tudo for pago, a propriedade passa para o consumidor.

4. Os direitos reais de aquisição

Nos direitos reais de aquisição o que está em causa é a possibilidade de aquisição da coisa com preferência sobre terceiros.

Estes direitos reais não têm lado interno: vou conseguir adquirir o direito, mas sem adquirir o gozo da coisa.

Eu tenho direito a adquirir com eficácia erga omnes e ninguém pode impedir que eu adquira. Por exemplo, o direito de preferência com eficácia real (1409º). A e B têm uma coisa em compropriedade, logo A tem preferência quanto à venda de B da sua parte em compropriedade. Estas oponibilidades erga omnes fazem sentido não só na aquisição e uma coisa corpórea, mas num direito de aquisição de uma coisa incorpórea (direito de crédito, p. ex.).

Um direito de aquisição pode ser absoluto e mesmo assim não ser relativo a uma coisa corpórea.

A estudar:

- Preferência real
- Contrato-promessa com eficácia real (promessa real de alienação): Há vozes que apontam no sentido de excluir tais figuras da categoria em causa (Henrique Mesquita), na medida que os direitos em causa não incidem sobre coisas, apresentando a estrutura de direitos de crédito - embora com tutela reforçada em virtude da sua oponibilidade erga omnes.
- Posição do adquirente na reserva de propriedade
- Posição do locatário na locação financeira

Nota: Estes direitos reais não são elencados no artigo 824º/2, o que quer dizer que estes direitos são imunes à venda judicial.

❖ Querela doutrinária

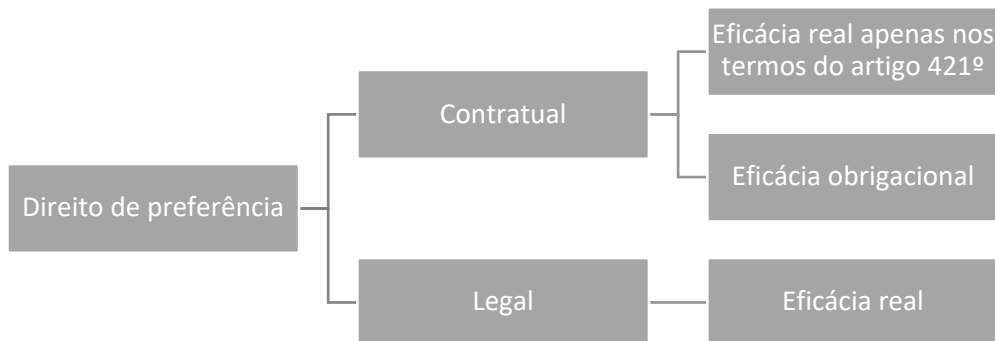
- **Direito real de gozo ou garantia:** Direito à aquisição de direito real (gozo ou garantia): direitos de aquisição com eficácia erga omnes de direitos reais de gozo ou garantia. Quanto a direitos de créditos já não são estudados nesta disciplina (posição de Caetano Nunes e Pinto Duarte).
- **Direito de crédito:** Ainda que tenha eficácia erga omnes, se não se destinar a um direito real de gozo ou de garantia não deve ser estudado nesta disciplina.

De acordo com Caetano Nunes os dois fenómenos devem ser distinguidos, pois o segundo deve ser estudado no âmbito de direito das obrigações.

4.1. Direito real de preferência e contrato-promessa com eficácia real

Possibilidade de celebrar certo negócio com preferência em relação a quaisquer interessados que ofereçam condições iguais. A preferência pode ter origem legal ou contratual.

Só quando tem eficácia erga omnes é que se trata de uma eficácia real, caso contrário é uma figura meramente obrigacional.



Se apenas há eficácia obrigacional, apenas se exige a possibilidade de preferir. A eficácia real, dá a possibilidade de ir buscar a coisa a terceiro.

Artigo 414º: pacto que tem eficácia meramente obrigacional. Por exemplo, A compromete-se perante B antes de vender a terceiros que este prefira na compra.



Nos termos do pacto de preferência, o direito de preferência pode ter origem contratual ou legal (casos da compropriedade).

Artigo 413º: permite-se que se estipule que o contrato-promessa tenha eficácia real. O regime do contrato-promessa com eficácia real é decalcado dos **artigos 1409º e 1410º**.



Celebrar um contrato-promessa não significa ter a coisa na mão, significa ter direito a celebrar o contrato definitivo. Quando há um direito real de aquisição não há o lado interno dos direitos reais, apenas o lado externo da oponibilidade erga omnes.

Nota: Quando a lei consagra um direito real de preferência, quando a coisa vai para coisa litigiosa, vamos sempre dar ao **artigo 1410º** sobre a ação de preferência.

No **contrato-promessa de compra e venda** o objetivo é depois celebrar o contrato de compra a venda. Quando há um contrato-promessa tenho duas declarações negociais em que A promete vender ao B e B promete comprar ao A.

Esse contrato envolve a celebração do contrato prometido, no qual vou ter de ter novamente uma declaração de A e outra de B.

No **contrato de opção**, A e B também acordam na realização de um contrato, o contrato optativo. Neste contrato, quando há uma opção, já não tem que haver uma declaração negocial de ambas as partes. Quando há uma opção a favor de A, para ser celebrado o contrato definitivo, B não tem que voltar a emitir uma declaração negocial.

4.1.1. O direito de preferência do comproprietário

O direito atribuído aos comproprietários pelo **artigo 1409º** (cujo exercício coercivo é regulado no **artigo 1410º**) pode ser tomado como o paradigma do direito de preferência legal na alienação de coisas.

Para além desse, a lei atribui vários direitos de preferência na alienação cujo regime segue o tal de modelo:

- Direito de preferência dos proprietários confinantes de prédios de área inferior à unidade de cultura no caso de venda ou dação em cumprimento a quem não seja proprietário de prédio confinante (**artigo 1380º**)
- Direito de preferência do proprietário do prédio onerado com servidão legal de passagem no caso de venda ou dação em cumprimento do prédio dominante (**artigo 1555º**)
- Direito de preferência de certos arrendatários na venda dos prédios arrendados.

4.1.2. Regime

O direito legal de preferência, ao contrário do direito contratual com eficácia real, não está sujeito a registo em função da própria fonte. Quanto aos demais aspetos, ambos os regimes são semelhantes.

➔ Em ambos os regimes, em caso de incumprimento de obrigação de preferências, o titular do direito tem o poder de se substituir ao adquirente da coisa no contrato por ele celebrado.

A lei hierarquiza os direitos de preferência de origem legal fazendo-os prevalecer perante os de origem contratual (**artigo 422º**).

4.1.3. A promessa de alienação com eficácia real

O disposto acerca do direito de preferência de fonte convencional, dotado de eficácia real, vale *mutatis mutandis* para o direito do beneficiário de promessa de alienação com eficácia real.

Os requisitos da sua constituição são os mesmos, e a sua natureza é homóloga. As alienações feitas em incumprimento dos direitos de aquisição nascidos de contratos promessa com eficácia real são ineficazes em relação aos titulares de tais direitos.

4.2. Reserva de propriedade e Locação financeira

Na **reserva e propriedade**, A vende ao B, mas reserva para si a propriedade. De acordo com o entendimento prevalecente, a transmissão da propriedade fica condicionada pela ocorrência do evento. Assim que o evento ocorrer, normalmente o pagamento do preço integral, a propriedade transfere-se para B. Se A transmitir a C, C vai ter um direito de propriedade fraquíssimo, já que vai terminar no momento em que B exerça a sua oponibilidade erga omnes quanto à coisa em questão.

No contrato de **locação financeira**, estabelece-se que o banco entrega o automóvel a C contra o pagamento de uma renda mensal e que ao fim desse período de tempo, C tem direito a pagar um valor residual que lhe vai conceder a propriedade do automóvel. A locação financeira é uma locação com opção de compra. Para além da locação, da entrega do veículo em troca do pagamento de uma renda mensal, há um segundo elemento característico da locação que é a opção de compra mediante um valor residual.

A opção de compra é um direito de aquisição da coisa que está no registo predial e tem eficácia erga omnes. Trata-se de um direito potestativo de aquisição de uma coisa corpórea com eficácia erga omnes.

Passa-se que C pode ter dívidas e por isso pode estar a ser penhorado. C é apenas locatário financeiro do carro. Porém, a posição jurídica de locatário financeiro é penhorável. Deste modo, o carro pode ser penhorado.

4.3. A posse

A **posse** é um termo extremamente polissémico:

- **Significado não jurídico:** Quando na linguagem não jurídica se fala de posse, costuma significar a detenção de um objeto, mas não ser proprietário nem ter nenhum título de direito real sobre a coisa. Outras vezes, a posse surge como a ideia de contraposição face à propriedade ou a um título jurídico.
- **Significado jurídico (artigo 1251º):** posse como detenção de coisa corpórea qualificada. Significa a detenção de uma coisa corpórea qualificada pela atuação similar à atuação de um proprietário ou de um titular de outro qualquer direito real.

Quando o CC fala de posse, nalguns momentos está a descrever factos, noutros está a descrever efeitos. Assim, para os juristas, a posse pode ser:

- um facto
- uma situação jurídica ativa

Efeitos jurídicos essenciais associados à posse:

- Faz presumir a propriedade
- Pode permitir a aquisição através da usucapião
- Permite a uma pessoa defender-se judicialmente através dos “meios de defesa da posse”

A posse constitui um meio de prova da propriedade. Aquele que tem a posse presume-se que seja o proprietário. Quando a lei diz que a posse durante 20 anos dá direito à usucapião, está a referir-se a uma situação fática. Noutros contextos, o legislador diz que quem tem a posse pode defender a sua posse através de ações possessórias.

Num confronto com a posse, desvaloriza-se o registo predial. Numa sociedade rural, a que antecedeu à nossa sociedade, fazia sentido assentar todo o regime jurídico da titularidade privada de coisas corpóreas na ideia de posse e fazia sentido considerar que a publicidade da propriedade era dada pela posse. Como se vivia em aldeias, toda a gente sabia quem era o proprietário, era aquele que lá vivia e que tinha a chave. Com a industrialização deixamos de ter aldeias, logo deixamos de conseguir comprovar o regime jurídico de titularidade de direitos reais através da posse. No ambiente urbano, são necessários meios mais modernos. Assim, a posse perdeu a importância que tinha na sociedade medieval. A segurança não é, hoje, dada pela posse, mas sim pelos registos públicos.

A posse distingue-se, ainda, entre:

- **Posse causal:** é acompanhada do direito a cujo direito corresponde.
- **Posse formal:** não é acompanhada pelo direito cujo exercício se exerce. Por exemplo, o ladrão tem posse formal.

A defesa da posse tem de aceder perante a defesa de direito. Temos um primeiro nível de discussão: quem tem a posse; e um segundo nível: quem tem a propriedade.

Em Roma havia duas figuras relevantes:

- **Usus:** poderes de facto sobre uma coisa que possibilitavam a sua aquisição por usucapião.
- **Possessio:** direito de utilizar terrenos públicos que não era propriamente um direito de propriedade. Esta possessio era protegida não através dos meios de defesa da propriedade, mas através dos interdicta, que eram ações de defesa da possessio que se distinguiam das ações de defesa da propriedade e em que não eram necessárias tantas exigências de prova.

4.3.1. Concepções doutrinárias da posse

- **Subjetivismo:** Savigny – Savigny foi a pessoa que teorizou a posse, caracterizando-a por dois aspetos: o corpus – relação material com a coisa - e o animus – intenção de agir como proprietário da coisa. Só haverá posse e efeitos jurídicos da mesma se se verificarem estes dois pressupostos. Dentro do subjetivismo existem várias concepções:
 - **Animus domino:** Intenção e atuação similar à de um proprietário;
 - **Animus possidendi:** Intenção e atuar como possuidor;
 - **Animus sibi habendi:** Intenção de detenção da coisa;

A noção de animus que apenas é relevante na corrente subjetivista tem estas concepções. Já o corpus, diz respeito às duas correntes.

A noção de corpus também pode ser controvertida. Pode entender-se que para haver corpus são necessários atos materiais efetivos sobre a coisa (tenho que efetivamente ter a coisa nas minhas mãos) ou pode entender-se que tem de haver apenas a possibilidade de exercer materiais efetivos sobre a coisa (ver artigo 1257º - “possibilidade de continuar”).

- **Objetivista:** Jhering – a posse caracteriza-se apenas pelo corpus – a relação material com a coisa.

E o CC, adotou uma perspetiva subjetivista (Escola de Coimbra) ou objetivista (Escola de Lisboa)?

- **Artigo 1253º:** a detenção contrapõe-se à posse – joga com a posição subjetivista.
- **Artigo 1256º:** quem não tem racionalidade (intenção) pode adquirir a posse – joga com a posição objetivista.
- **Artigo 1252º:** a posse presume-se com o poder de facto: o corpus faz presumir o animus.

Posições doutrinárias:

- **Menezes Cordeiro:** torceu o obstáculo do 1253 a) lendo nela uma referencia doutrinária à categoria dos atos facultativos- atos praticados pela inercia de alguém (titular de um direito real que teria o direito de os impedir).
 - reitera o entendimento objetivista da lei, abandonando a sua leitura anterior da alínea a). Na sua nova proposta, o preceito abrangeria as situações [não mencionadas nas alíneas a) e b)] em que o poder de facto é adquirido em termos tais que a própria lei afasta a posse (teoria da causa). Detenção de bens do domínio publico e situação do herdeiro sonegador dos bens (artigo 2096º/2).
- **Oliveira Ascensão:** rejeita que a alínea a) do artigo 1253 se refira a atos facultativos preferindo atribuir-lhe o sentido de se referir a declarações do agente sobre a sua própria posse.
- **Carvalho Fernandes:** inclina-se para uma concepção objetivista da figura dizendo que «verificado o corpus em principio há posse» e sustenta que o mesmo se ajusta ao sistema jurídico português. Na prática, quem está a exercer, deve montar a posição inicial em atenção aos factos objetivos. Qualquer facto subjetivo que eu queira provar também só o consigo fazer a partir de factos objetivos.

Conclusão: não é possível suprimir a referencia do artigo 1253/a à intenção, mas é possível sustentar que essa intenção tem de assumir uma qualquer exteriorização- decorrendo daí a superação da querela. Quanto à concepção de corpus acolhida na lei referimos que do artigo 1257º/1 resulta uma concepção de corpus como relação social e não traduzida em atos materiais.

Jurisprudência: prevalece a tese subjetivista. Tal é irrelevante pois a prova sobre as intenções em tribunal é irrelevante. A querela é ainda menos relevante tendo em conta o artigo 1252º/2. Em caso de dúvida presume-se o “animus” a quem tenha a posse.

4.3.2. Posse e detenção

Fala-se em posse em nome próprio por contraposição a detenção alheia. A detenção alheia não comporta os mesmos atos que o possuidor em nome próprio.

Casos de simples detenção (artigo 1253º):

- Exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito;
- Simples aproveitamento da tolerância do titular do direito;
- Situações de representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem;

Aspetos da posse que não se aplicam à mera detenção:

- **O detentor não pode usucapir (1287º):** Os detentores não podem adquirir por usucapião exceto em caso de inversão do título da posse. A partir do momento em que se torna possuidor, passa a poder usucapir.
- **Os meios de defesa da posse, em principio, apenas são oferecidos aos possuidores e não aos meros detentores (artigos 1276º e ss):** Em situações pontuais é possível recorrer à ação direta sem ir para tribunal. Isto quando seja indispensável para assegurar o direito próprio porque há uma impossibilidade de recorrer em tempo útil aos tribunais. Também existem providências cautelares. O recurso a tribunal não é apenas um recurso a uma tutela definitiva, mas pode também ser a uma tutela cautelar (provisória e urgente). Estes só são aplicáveis quando há posse e não quando há detenção. Existem exceções (situações de mera detenção às quais são aplicáveis os meios de defesa da posse).
- **O possuidor tem direito aos frutos, mas o detentor não (1270º).**

4.3.3. Modos de aquisição

Modos de aquisição originária:

- Aposseamento: o aposseamento é um ato material ou um conjunto de atos sobre a coisa;
- Inversão do título da posse (1265º): passagem da detenção em nome alheio para a posse em nome próprio; é feita ou por declaração do próprio ou por ato de terceiro, apesar de a hipótese mais frequente ser da atuação em nome próprio.

Exemplo 1: tenho uma migo emigrado em França e tenho as chaves da coisa, atuando no interesse do meu amigo de quem sou mandatária. A partir de um momento digo que acabou tudo e que a posse é minha: por ato próprio estou a opor-me ao possuidor, invertendo o título da posse: passei de detentor a possuidor.

Exemplo 2: Uma pessoa arrenda um imóvel a alguém que se arroga proprietário apesar de não o ser. A pessoa tem a chave, não diz que é proprietária, não se opõe perante o verdadeiro proprietário, mas começa a receber rendas comportando-se como arrendatário.

Modos de aquisição derivada:

- Tradição da coisa (artigo 1263º/b): transferência do domínio fático sobre a coisa. A tradição pode ser material ou simbólica (pode ser através da entrega de documentos, chaves...).

- Constituto possessório (artigo 1263º/c): transmissão da posse sem transferência da detenção (1264º). A situação típica é a compra a venda de uma fração autónoma e o vendedor não entrega logo as chaves para terminar de tirar de lá coisas. O alienante, neste caso, deixa de ser possuidor e passa a mero detentor, e o adquirente da propriedade apesar de não ter a posse material da coisa, passa a ser considerado um possuidor. Se passado uma semana o alienante não entregar a chave, o possuidor, apesar de nunca ter tido a chave e, por força do Constituto possessório considerado possuidor. O fenómeno do Constituto possessório é um pouco oposto á inversão do título da posse: aqui o possuidor passa a detentor porque mantém a chave mais uns dias.
- Sucessão intervivos (acessão na posse): aquisição da posse por sucessão (1255º e 1256º).
- Sucessão mortis causa (artigo 2024º e 2025º): aquisição por morte.

Artigo 1265º: forma de aquisição derivada da posse que ficou excluída do artigo 1263º.

4.3.4. Modos de perda

Modos de perda da posse (artigo 1267º):

- **Abandono**
- **Perecimento da coisa:** Perda, destruição ou retirada da coisa do comércio (a coisa passa para o domínio público)
- **Cedência:** se faço a tradição da coisa, o transmitente perde a posse.
- **Posse de outrem por mais de um ano (apossamento por terceiro):** só opera efetivamente a extinção da posse se data mais de um ano.

4.3.5. Conteúdo da posse

Os aspetos do conteúdo da posse tendem a ser aspetos delimitados no confronto com o conteúdo da propriedade.

Direitos (posições jurídicas ativas):

- **Direito de uso:** está implícito quando o artigo 1251º dá a definição de posse
- **Direito de fruição (1270º e 1271º):** o possuidor de boa-fé tem direito aos frutos naturais e civis. O possuidor de má-fé não tem direito aos frutos, estando antes obrigado a restitui-los e a indemnizar o proprietário. Estão em causa os frutos naturais e os frutos civis.
- **Benfeitorias:** as benfeitorias são alterações operadas na coisa que são vantajosas. Podem ser vantajosas ou não em várias medidas. Assim, há benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. As necessárias e úteis estão reguladas nos artigos 1273º e 1274º, e as voluptuárias no artigo 1275º. As necessárias são indispensáveis. As benfeitorias úteis não são indispensáveis mas acrescentam utilidade. As benfeitorias voluptuárias são apenas acrescentos sem utilidade real.
 - **Necessárias:** quando há benfeitorias necessárias, há sempre direito a uma compensação ou indemnização quer o possuidor esteja de boa ou má-fé.
 - **Úteis:** direito ao levantamento das benfeitorias. Se for uma melhoria que possa ser retirada sem detrimento da coisa, o possuidor tem direito ao seu levantamento quer esteja de boa ou má fé. Se para evitar o detrimento da coisa não possa haver levantamento, há indemnização de acordo com o ESC.
 - **Voluptuárias:** o possuidor de boa fé pode levanta-las, exceto se não for possível levanta-las sem detrimento da coisa. O possuidor de má fé perde essas benfeitorias. – artigo 1275º.

Deveres (posições jurídicas passivas):

- **Deveres relativos ao risco (1269º):**
 - o possuidor de boa-fé responde pela perda ou deterioração da coisa em caso de culpa. Quando o possuidor está de má-fé responde sempre pela perda ou deterioração mesmo que tenha culpa (interpretação à contrário).
 - Se houve deterioração, tenho direito a uma compensação (**artigo 1274º**).
- **Deveres relativos a encargos com a coisa:**
 - Os encargos são distribuídos da mesma forma que os frutos (**artigo 1272º**).

4.3.6. Modalidades da posse

- **Posse titulada e não titulada (artigo 1259º):** é titulada quando na sua origem está um modo legítimo de aquisição do direito independentemente do direito do transmitente e da validade substancial do negócio. Adquiri por escritura pública é um modo legítimo, mas posso ter feito a escritura com uma pessoa que não é o proprietário.
- **Posse pacífica e posse violenta (artigo 1261º):** A pacífica é traduz-se numa aquisição da posse em termos pacíficos e a violenta caracteriza-se por violência na aquisição da posse que tanto pode ser física como psicológica. A violência na aquisição pode ser, quer sobre pessoas, quer sobre coisas.
- **Posse pública e posse oculta (artigo 1262º):** O critério é o critério da cognoscibilidade pelos interessados. A posse pública é cognoscível pelos interessados, enquanto que a oculta não.
- **Posse de boa-fé e posse de má-fé (artigo 1260º):** o critério está na ignorância ou não ignorância no momento em que se lesa o direito de outrem. Esta é uma boa-fé em sentido subjetivo ética porque é tão censurável conhecer a lesão do direito de outrem como te ruma negligencia muito intensa ao não saber que lesei o direito de outrem. A censura opera através do direito de conhecimento. A posse violenta é sempre considerada de má-fé.
- **Posse efetiva e posse não efetiva:** a posse efetiva é aquela que é acompanhada pela detenção material da coisa, enquanto a posse não efetiva não é, à contrário, acompanhada pela detenção material da coisa.
- **Posse registada e posse não registada:** a posse é suscetível de registo, de modo que se pode dizer registada e não registada (artigo 2º, Código de registo predial). Quando a posse é registada há um encurtamento do prazo da usucapião.

4.3.7. A defesa da posse

Temos três ações de defesa da posse:

- **Ação de prevenção (artigo 1267º):** ainda se tem na plenitude a posse. Tem como pressuposto o justo receio da posse. Não há uma ofensa efetiva à posse, mas apenas o justo receio de perturbação.
- **Ação de manutenção:** há uma ofensa superior à posse (1278º). Aqui há uma efetiva perturbação. A ação de manutenção será para uma situação de perturbação quando ainda se tem uma posse efetiva.
- **Ação de restituição (artigo 1278º):** já não tenho uma posse efetiva, mas ainda tenho uma posse não efetiva, porque se já tiver perdido a posse não posso recorrer a um meio de defesa da posse.

Numa ação de manutenção e numa ação de restituição já há sobreposição de posses, o que está a perturbar já pode ter também alguma detenção.

Numa situação de esbulho há indiscutivelmente sobreposição de posses: eu já não tenho a posse efetiva, há outro com a minha posse efetiva. Não se pode é deixar passar um ano porque se não perde-se a posse. A ação de restituição só é possível dentro deste prazo de um ano (1282º + 1267º/1,d).

No confronto em situações de sobreposição de posses, frequentemente surge a invocação, a discussão, a causa de pedir... não incidindo apenas sobre a discussão da posse, mas também sobre os direitos correspondentes da posse (quem é proprietário?).

Estes três tipos de ações de defesa da posse não correspondem a formas de processo especiais. Hoje em dia, no CPC não há distinção entre estas ações, todas elas são ações declarativas comuns. No CPC, há determinados procedimentos especiais para a posse, nomeadamente uma provisão cautelar para restituição provisória da posse. Para além de uma ação dita definitiva, pode intentar-se um procedimento cautelar para defesa da posse. O procedimento cautelar em princípio não é autossuficiente, depois tem de se intentar a ação definitiva.

Existe também o procedimento cautelar comum. O procedimento cautelar de restituição provisória da posse tem como pressupostos a propriedade, o esbulho e a violência. Quando não há violência no esbulho ou quando não há sequer esbulho, mas sim uma mera perturbação ou receio de perturbação, posso ter direito ao procedimento cautelar comum.

Artigo 1279º. Esbulho violento

Artigo 1285º + 342º, CPC: está em causa uma defesa da posse face a atos judiciais que ofendem a posse. Esses atos de ofensa são a penhora e o arresto. Quando é o próprio tribunal que vai penhorar o meu apartamento, eu posso dizer que há um engano, que não sou eu a executada, pelo que tenho de ter uma forma de me opor.

Para além destes meios de defesa judicial da posse em tribunal, também se pode sempre recorrer à ação direta (artigo 336º + 377º, primeira parte). Pode manter-se ou restituir a posse por sua própria força.

Ex: alguém destrói o meu cadeado, eu vou lá e ponho um novo.

Ex 2: alguém quer entrar na minha propriedade, eu pego no cajado e mando embora.

Ex 3: posso chamar a polícia

4.3.8. A presunção de titularidade da posse

Artigo 1268º: se sou possuidora, presume-se que sou proprietária. Numa ação de reivindicação da coisa, eu tenho que provar que sou proprietária. Para provar essa propriedade, se eu simplesmente provar que sou possuidora, isso, conjugado com o 1268º, faz presumir que sou proprietária.

Numa ação de reivindicação, de acordo com a teoria da substanciação, tem que se provar a aquisição originária da coisa. Pode afastar-se essa necessidade prova através da presunção da posse ou da inscrição do registo.

- ➔ Quando num litígio ambos dizem que são proprietários: um porque é possuidor e outro porque tem o registo, a questão é resolvida pelo **artigo 1268º**. O artigo 1268º resolve esta questão através de um critério temporal. Esta é uma regra em que a segurança do registo é excluída face a uma segurança através da publicidade.
- ➔ A posse tem um efeito de publicidade dos direitos absolutos sobre coisas corpóreas. A posse, o sistema de publicidade tradicional, os registos o modelo de publicidade moderno.

4.3.9. A usucapião ou prescrição aquisitiva

A usucapião é um dos efeitos da aquisição do direito real a que corresponde a posse. Se tenho uma posse correspondente à propriedade, passado algum tempo, torno-me proprietária.

A usucapião tem como efeito a destruição dos direitos reais de outros, ainda que registados.

Discute-se se este artigo é completamente compatível com o **artigo 62º da CRP** que diz que ninguém pode ser expropriado sem compensação. Destruindo o direito de propriedade, discute-se se a pessoa não está a ser expropriada sem compensação.

A usucapião, apenas pode incidir sobre coisas individualizadas. Discute-se se pode haver usucapião não só sobre o prédio, mas apenas sobre uma parte do prédio.

Exemplo: um prédio pertence a A, B, C e D que há 20 anos decidiram dividi-lo fisicamente, mas não juridicamente. Podem adquirir essa parte por parte da usucapião, o que exige saber se isto está de acordo com as regras civis e de ordenamento do território. O professor é a favor do ordenamento do território, interpretando as normas civis em conformidade com a CRP. É extremamente frequente que os tribunais reconheçam situações de usucapião de partes de prédios passando por cima dos regimes de loteamento e fracionamento, e das questões de ordenamento do território.

Nas situações de loteamento, as leis administrativas dizem que as escrituras de divisão de coisa comum ou qualquer negócio jurídico que proceda à divisão jurídica de prédios em violação das regras de loteamento é nulo.

Por contraposição, nos meios rurais, as leis de fracionamento apenas preveem a mera anulabilidade dos negócios jurídicos. Aí, como a reação é mais frouxa, a jurisprudência aí é pacífica: não pode funcionar sempre a usucapião.

Artigo 1287º: existem dois requisitos: a posse e o tempo; e uma estatuição normativa, a aquisição de um direito real correspondente.

Só há usucapião na posse pacífica e pública. Não há usucapião em relação a posse violenta e oculta. É a partir do momento em que cessa a violência que se conta um prazo para a usucapião.

Artigo 1293º: não se podem adquirir por usucapião as servidões prediais não aparentes nem os direitos de uso e de habitação.

4.3.9.1. Prazos da usucapião

Há vários prazos em função de vários aspetos:

- Natureza da coisa possuída
- Caracteres da posse
- Registo da posse
- Boa-fé/Má-fé

Existe, portanto, um regime complexo com vários prazos. O regime mais relevante é o do **artigo 1296º**: não havendo registo da propriedade nem da posse, então temos 15 anos se a posse for de boa-fé ou 20 anos se a posse for de má-fé. A boa ou má-fé traduz-se em conhecer ou ignorar que se está a afetar o direito de outrem.

4.3.9.2. Direito a usucapir como um direito potestativo

O direito do usucapido é um direito potestativo. Isto é verificado no **artigo 1288º** e no **artigo 1287** quando se fala na invocação da usucapião. A “invocação” remete para o caráter potestativo.

O exercício do direito potestativo pode ser:

- **Judicial**, quando vou para tribunal colocar uma ação em que digo que sou proprietária por usucapião;
- **Extrajudicial**, em ações de justificação notariais, etc.

Discute-se muito a eficácia retroativa da usucapião (artigo 1288º e 1317º/c). Trata-se de determinar o cancelamento de todos os direitos reais desde há 20 anos para cá, incluindo hipotecas e afins. Os efeitos negativos da usucapião para os titulares são efeitos positivos também retroativos de extinção de direitos reais das outras pessoas.

4.3.10. A extensão do regime da posse

- **Orlando Carvalho:** A posse não é um direito mas sim um facto: *a posse em sentido técnico, isto é, a posse formal ou autónoma, não é evidentemente um direito, embora seja fonte de consequências jurídicas e até de direitos, se quisermos. É, sim, uma situação de facto juridicamente relevante, como ocorre a muitas outras no mundo jurídico- mesmo sem cairmos no campo do ilícito ou da relevância negativa. Assim o casamento putativo, a união de facto, a ausência, etc.*
- **Oliveira Ascensão:** A posse é um direito, ainda que sem carácter real: *a posse é um direito, mas não é um direito real. O regime legal é incompatível com esta qualificação.*
- **Manuel de Andrade:** A posse é um direito e um direito real.
- **Rui Pinto Duarte:** Umhas vezes é facto, outras vezes é direito: a posse é uma situação de facto mas na medida que existe é desde logo criadora de uma situação jurídica correspondente, a que também se chamada posse (posse-direito). Quanto a saber se tem natureza real, parece que a resposta é afirmativa: o direito do possuidor compreende a imediação, é oponível à generalidade dos sujeitos e goza de sequela. ☐ cede perante o direito do proprietário, mas isso só demonstra que a posse é um direito inferior à propriedade, não que lhe falta carácter real.

4.3.11. Extensão do regime da posse

Na exposição feita foi-se sempre referindo a posse como correspondente ao direito de propriedade. Contudo a lei admite a posse correspondente a outros direitos reais. Essa admissão é feita no geral (artigo 1251) mas também em vários preceitos específicos:

- Usufruto (artigo 1440º)
- Servidões (artigo 1258º e 1547º/1)
- Penhor (artigos 669º/2 e 670º)

Situações do locatário, comodatário e depositário:

- **Locatário (artigo 1037º/2):** os meios de defesa da posse podem ser usados pelo locatário contra o locados. Os locatários são meros detentores, mas é-lhes aplicada parte do regime.
- **Comodatário (artigo 1133º/2)**
- **Depositário (artigo 1188º/2)**

Esta categoria dos direitos reais de gozo existe por precipitado histórico. Se, numa ideologia jusnaturalista quiséssemos justificar estes direitos, eles deveriam ser direitos reais de gozo. A história determinou que são direitos pessoais, apesar de terem características que justificavam que fossem direitos reais. É assim desde Roma antiga em que havia ações de locação relativas a pessoas. Assim, passou sempre a considerar-se os direitos dos locatários como direitos pessoais.

Há uma querela doutrinária sobre isto: há quem diga que eles são efetivamente direitos reais. É o caso de Oliveira Ascensão. A maioria da doutrina, entende que não é um direito real, mas sim um direito pessoal.

O locatário, em rigor, não é um possuidor. O que se passa é que os direitos pessoais de gozo perturbam a contraposição entre a posse e a detenção. A distinção entre as situações de posse e mera posse torna-se difícil por causa destes direitos pessoais de gozo. Esta contraposição é gradativa. Temos a meio, a posse ou a detenção relativa a direitos pessoais de gozo. Isto porque quem tem um direito de gozo de um locatário não tem um direito real.

Os titulares de direitos pessoais de gozo gozam sim, relativamente à posse, dos direitos de defesa da posse. Não gozam, por exemplo, da usucapião.

5. A constituição e os Direitos reais

A propriedade na constituição pode surgir em vários aspetos:

- Como um direito fundamental (direitos, liberdades e garantias)
- Do ponto de vista económico
- Em termos de capacidade legislativa

A ideia de propriedade privada surge como um dos direitos naturais do Homem face ao Estado. Num segundo passo do movimento constitucional, surge em função social: ideia de que a propriedade não é apenas um direito inato para as pessoas, mas um direito com uma função social.

Numa perspetiva civilística liberal, temos a propriedade privada como um direito ou uma imunidade contra o estado e no Estado moderno temos ainda a propriedade como uma imunidade contra um estado, mas com uma função social.

Os códigos civis são herdeiros de uma ideologia liberal que começa nos romanos. A propriedade nos códigos civis é vista como apenas um direito subjetivo. A ideia de fusão social não é uma ideia que tenha nascido nos CC, mas que vá parecendo por força do civilismo marcado pelo constitucionalismo.

Na atual CRP:

- Artigos 80º e ss: face à constituição temos uma consagração do setor privado, público e cooperativo. A liberdade de iniciativa económica privada que é um fator de enquadramento para toda a legislação civilística sobre direitos a coisas corpóreas.
- Artigo 165º/I
- Artigo 62º
- Artigo 17º e ss.

Artigo 62º

O regime do direito de propriedade privada que goza da proteção dos DLG é só o núcleo essencial do direito de propriedade privada, o que se associa à proteção contra a expropriação. Tudo o mais, não tem tanta proteção.

A propriedade constitucional enquanto direito privado abrange direitos reais menores, o direito civil e todos os direitos privados com conteúdo patrimonial.

O conteúdo mínimo constitucionalmente protegido é mais denso na proibição de expropriação onde, mesmo assim, existem grandes clivagens jurisprudenciais. Quando o estado quer expropriar e a indemnização? Diz respeito ao *ius aedificandi* ou não? A indemnização deve atender ao valor e mercado do imóvel decorrente da possibilidade de edificar ou não? Esta possibilidade é relevante para o valor de mercado? Se o *ius aedificandi* faz parte da propriedade, então a indemnização tem de ter um valor superior. Se o TC entender que o *ius aedificandi* não faz parte do conteúdo inicial do DP e é uma faculdade atribuída pelo DA, então a indemnização nunca é atribuída em função da potencialidade identificativa.

O que está em causa na indemnização pro expropriação é a igualdade dos cidadãos face a encargos públicos. Todos pagamos impostos, então quem é expropriado não tem de pagar mais que os outros.

6. Análise de acórdãos

Análise do acórdão do STJ de 25/06/2012

- **Arresto:**
 - Apreensão judicial dos bens do devedor a decretar mediante solicitação do credor que tenha justo receio de perder a garantia patrimonial desse seu crédito.
 - Visa precisamente garantir que os bens do devedor, uma vez apreendidos, permaneçam na sua esfera jurídica ate ao momento da respetiva penhora
 - Só produzirá efeitos depois de registado. Posteriormente, o arresto poderá ser convertido em penhora de bens com eficácia retroativa à data do seu decretamento.
- Qual o valor do registo provisório, por natureza, da aquisição de metade indivisa de um imóvel com base em contrato promessa de compra e venda, ao qual não foi atribuída eficácia real, em confronto com o registo posterior de um arresto decretado em processo de execução)
- **Caso:**
 - 28.01.98: contrato promessa sem eficácia real
 - 13.02.98: compra e venda que tem como base um contrato promessa sem eficácia real → registo provisório
 - 14.05.98
 - 28.05.1998: registo do arresto
 - 18.03.1999: escritura pública
- A vende imóvel a B; e há arresto para C. o registo da compra e venda tem prioridade quanto ao registo do arresto. No dia 13/02 quando houve o registo provisório, em tem termos registrais B ficou proprietário
- Decisão do STJ: diz simplesmente que o artigo 6/3 não se aplica. Diz que a propriedade só se transfere a 18/03 e que o registo provisório não quer dizer nada.
- **Comentário à decisão do STJ:**
 - Prevalência as regras do CC em detrimento do Código do registo Predial.
 - Tal decisão esvazia o conteúdo útil do artigo 6/3 CR Predial “o registo convertido em definitivo conversa a prioridade que tinha como provisório”.
 - Fica a dúvida de qual o papel dado ao registo provisório.
- De acordo com as regras do código civil, o imóvel foi adquirido a 18.03.99 e o arresto a 14.05.98. de acordo com as regras do registo predial o arresto fez-se a 28.05.98 e o imóvel transferiu-se a 13.02.98.
- O STJ demonstrou desconhecer o regime do artigo 47ºCR Predial. A lei prevê que haja um registo por antecipação, provisório, da compra e venda, para efeito de oponibilidade a terceiros antes da própria compra e venda.

- No elenco do artigo 2º na alínea f) há o registo de contrato promessa sem eficácia real, dado que o registo de contrato promessa sem eficácia real não existe.
- Compra e venda → eficácia interpartes: artigos 408, 874, 879
- Registo → eficácia erga omnis: 5/1 CR Predial

Análise do Acórdão do Tribunal da relação de Coimbra- 06/12/2005

- A (Ducades) vende a B; C (Manuel Feijao) regista penhora contra a A.
 - Manuel não estava de boa fé, pois sabia que o prédio já não pertencia a Ducades.
- Time line
 - Compra e venda: 26.08.91
 - Penhora 11.10.95
 - Penhora provisória: 05.03.96 (é o mais importante, porque o registo definitivo faz retroagir)
 - Registo da compra e venda: 03.09.96
 - Venda judicial: 10.11.97
 - Segundo venda: 03.07.2001
- A (Ducados) faz compra e venda com B (Ana Rodrigues); C (Manuel Rodrigues) penhora a A há venda judicial e compra e venda a D.
 - Compra e venda: de acordo com o CC 26.8.91; CRP 3.9.96
 - Penhora: CC 11.10.95; CRP 5.3.96.
 - Venda judicial 10.01.97
 - CV: 3.07.2001
- Posse só tinha relevância se durasse vinte anos e se pudesse invocar usucapião. Em conflito entre 1296º CC e 5ºCRC ganha o primeiro.
- Conclui-se que Manuel feijão não é terceiro, pois não provem de autor comum. Destaca-se também neste acórdão o artigos 408º 879º CC. Argumentação subsidiária: falta de boa fé a Manuel feijão para ser protegido pelo registo, pois no momento da compra e venda o B advertiu o C.
- Mas: no momento da penhora o homem estava de boa fé, quando surge a sua pretensão. No entanto isto é apenas argumentação subsidiária.
- A argumentação passaria por se dizer que o direito provem de “autor comum”, pois nada obsta que autor comum tenha que ver com transmissão involuntária. Também posso jogar com elemento teleológico da lei, sendo que o fim será a proteção do tráfego jurídico.

Acórdão do STJ de 25/11/2008

ML foi executada de um prédio que já tinha vendido. em 2008 registou-se efetivamente o imóvel. Tendo sido penhorado o imóvel este foi vendido em asta publica, sendo o registo posterior ao registo da compra do prédio por T e NA.

- Esquema:
 - A vende a B e não regista → alienação voluntária- aquisição derivada por força do contrato
 - A (penhorada) → penhora é registada

- B regista compra
 - Venda do prédio por arrematação em hasta pública e registo da mesma. segunda alienação não voluntária (venda judicial).
- A decisão do tribunal é que se deve considerar prevalecente a venda aos autores desta ação e improcedente o recurso dos réus.

7. Casos práticos

(De Joana Almeida)

Exercício 1

Correspondente ao Exercício 6 do Manual

“Com autorização paterna, **B** construiu uma casa de habitação num prédio rústico de **A**, seu pai. Por morte de **A**, os seus outros filhos, **C** e **D**, pretendem que o prédio, incluindo a casa, seja integralmente considerado como fazendo parte da herança, sustentando **B** que, pelo contrário, a casa que edificou, bem como todo o prédio em que a mesma está implantada, são sua propriedade, por força do artigo 1340º do Código Civil. Sabendo que o valor da edificação é maior que o que todo o prédio tinha antes da obra, diga se se aplica ao caso o invocado artigo 1340º. Indique ainda (mesmo que conclua pela negativa) se, em caso afirmativo:

A morre e deixa como herdeiros o **B**, o **C** e o **D**. **C** e **D** consideram que o prédio rústico deve ser parte integrante da herança e como tal, querem que seja partilhado nos termos do regime acessório. O dado acrescentado é que o valor da edificação é superior ao de todo o prédio antes da obra.

Em primeiro lugar era necessário referir que estamos no âmbito da acessão industrial imobiliária, uma vez que estão reunidos os pressupostos dos artigos 1340º. Em segundo lugar, é necessário referir que estamos no âmbito das interpretações restritivas do artigo 1340º. Por conseguinte, deve falar-se na interpretação de Manuel de Andrade e de Manuel Rodrigues.

Em **primeiro lugar** é necessário saber se estamos perante um caso em que se possa recorrer à figura da acessão industrial imobiliária, regulada nos artigos 1333º e seguintes do CC.

Estamos num caso em que houve boa-fé por parte de **B**, na medida em que o dono do prédio rústico, o seu pai, autorizou a edificação, segundo o nº4 do artigo 1340º. De acordo com o 1340º/1, se o valor das obras da edificação for superior ao valor do prédio rústico antes da incorporação, o autor da incorporação, neste caso **B**, pode adquirir o terreno. O artigo 1340º corresponde a obras em terreno próprio, porém, **B** teve autorização do dono do terreno “alheio”, o pai.

Em **segundo lugar**, temos de identificar o tema do caso. Neste exercício, trata-se da interpretação restritiva do artigo 1340º do CC e a sua fronteira com o regime das benfeitorias. Porém, este artigo carece de uma **interpretação restritiva**, pelo que é necessário e deve ser feita essa interpretação restritiva, tendo em conta a separação entre o regime das benfeitorias e o da acessão, determinando que nem sempre se vai aplicar a acessão, mas sim a benfeitoria, nos termos dos artigos 1273º e seguintes:

- **Benfeitorias** - Quando é regulada por este instituto, não aplicamos o instituto da acessão. Neste caso quem faz a obra tem direito a uma mera compensação pelas vantagens que criou na esfera jurídica do proprietário, mas não adquire a propriedade. O empreiteiro também não terá o direito de acessão. Estas interpretações restritivas convocam assim a fronteira entre estes dois pontos. Os artigos 1273º e ss, relativos às benfeitorias, determinam as vantagens e as utilidades criadas na coisa.

Existem diferentes critérios de distinção entre as benfeitorias e a acessão. O **critério da relação jurídica anterior beneficiada**, segundo o qual só pode haver acessão quando as obras são feitas por quem não tinha uma relação jurídica anterior com a coisa beneficiada. Assim, neste caso, como se trata do filho do dono do terreno, poderia fazer sentido que se assumisse que B já tinha uma relação anterior com a coisa beneficiada, aplicando-se a benfeitoria.

Porém, a relação jurídica estabelecida não é com base no contrato, mas é familiar, sucessória. Temos que saber se esta relação jurídica é relevante em termos da interpretação restritiva, ou se são apenas os contratos de empreitada. **O Professor quer que digamos os pressupostos e o tema da interpretação restritiva do artigo 1340º, sabendo discutir o tema.** Falamos da de Manuel de Andrade quanto à transformação substancial da coisa e da relação jurídica anterior.

Existe ainda o **critério clássico**¹: em que só pode haver acessão em relação a normas inovadoras, transformadora da substância da coisa. Neste caso, não temos muitas informações, portanto considero que não houve nenhuma alteração substancial na coisa. Mais uma vez, segundo este critério, não se poderia recorrer ao regime da acessão. Este critério tende a apontar para o artigo 204º/2, relativo à distinção entre prédio rústico e prédio urbano. Construções que não têm autonomia económica - se consideramos que sim, era um prédio urbano. **Assim tínhamos a transformação da coisa.**

Os casos que costumam ser apontados são as empreitadas, arrendatários, que **Antunes Varela** discute, porém neste caso põe-se em causa a relação jurídica familiar, que é um caso de fronteira em que se pode entender aplicar ou não. Já o critério de **Manuel Rodrigues e Manuel de Andrade**, neste caso de fronteira não faz tanta diferença, pois a transformação da coisa existia.

1. Manuel Rodrigues e Manuel de Andrade: Critério da Transformação da Coisa.
2. Pires de Lima e António Varela: Relação Jurídico Anterior.
3. Rui Pinto Duarte: cumulação de ambos os critérios.

Rui Pinto Duarte sustenta a cumulação dos dois. Seria possível sustentar que havia uma relação jurídica familiar e fazia-se a interpretação restritiva do 1340º, e não seria um caso de acessão, mas de benfeitorias.

Em **terceiro lugar**, o professor quer uma resolução dada com base na nossa opinião, ainda que devidamente sustentada quer nas bases legais, quer nas querelas doutrinárias. Deste modo, B não pode afirmar que passava a ser proprietário da coisa devido ao artigo 1340º/1, pois este tem que se interpretado restritivamente. Aplicando-se, assim, o regime das benfeitorias. No entanto, o critério que se considera melhor é a cumulação destes dois, embora, não altere a resposta, pois como constatamos, não se verificam os dois requisitos para que se pudesse recorrer a acessão, ou seja não haver uma relação jurídica anterior com a coisa beneficiada e haver uma alteração substancial da coisa.

Conclusão: fazia-se a interpretação restritiva e B não tinha direito a acessão. Então, a transformação da coisa provavelmente ocorreria, para efeitos do critério de Manuel de Andrade; no segundo critério é mais difícil de sustentar, mas o professor acha que se pode sustentar que existia uma relação jurídica de carácter familiar. Devíamos excluir isto do artigo 1340º, pelo que estaríamos perante um caso de benfeitorias.

Consideraríamos que mesmo adoptando uma perspectiva restritiva, estávamos perante uma relação jurídica ou consideraríamos que uma relação familiar não era bem uma relação jurídica? Aquilo era um prédio rústico e não tinha muitos hectares, então qual era a parte do prédio adquirida? Todo o terreno ou só uma parcela?

Nota: O professor tem tendência para fazer uma interpretação restritiva. E de admitir a relação jurídica anterior, porém ele foi autorizado, devemos pensar se tem de ser compensado.

Em exame:

1. Mostrar os regimes – como a questão das benfeitorias;
2. Expor as várias teorias e fazer ver a nossa teoria, sustentando-a.

¹ Este critério deve ser o primeiro a ser analisado.

a) O objecto da aquisição por B é todo o prédio ou só o terreno no qual a casa foi edificada;

Argumentos para que a parte que seja adquirido seja todo o prédio:

- Conjugam com as normas da propriedade - não vamos fracionar as propriedades rústicas à conta do regime da acessão, apela-se ao elemento sistemático;
- Outro argumento é o da comparação dos valores - se a comparação é com todo o valor do prédio e o valor da obra, faz sentido que a aquisição seja de todo o prédio, também se apela ao elemento sistemático;
- E, no texto da lei, faz-se referência à aquisição “dele” no artigo 1340º/1, o que parece ser o prédio, elemento literal que está a ser invocado.

Porém, como referi na minha resolução, na prática, segundo a Jurisprudência, admite-se que seja apenas uma parcela. No entanto, o professor não concorda devido aos argumentos apresentados. (Há muita Jurisprudência a defender a posse e não a propriedade, defende a parte mais fraca e isso pode estar relacionado com o facto da Jurisprudência seguir este caminho. Portugal não tem a tradição de seguir a propriedade privada como nos outros países, como nos EUA).

b) A aquisição por B é automática ou depende de declaração sua.”

Depende da conceção adotada, se seguirmos a Escola de Lisboa defende-se que é necessário uma declaração, segundo a Escola de Coimbra, esta é automática. Isto opera com a edificação ou é necessária uma declaração de vontade? Há uma querela doutrinária entre a Escola de Lisboa (**confere um direito potestativo**) e a Escola de Coimbra (**fenómeno automático que confere ao individuo o direito de propriedade**).

Se a ideia é **não** aplicar o 1340º, faz mais sentido que não seja uma aquisição automática. O artigo 1340º contraria o princípio de que a superfície sede ao solo – princípio *solo sedi*². Ele concorda com interpretações restritivas. Na interpretação deste problema podemos convocar outros princípios: princípio da autonomia privada. O professor prefere a posição da Escola de Lisboa, que “não é a de Lisboa”. **A acessão não é automática e necessita de declaração de vontade**. O professor prefere esta ideia, mas o que importa é a nossa defesa.

(No caso prático devemos dizer as várias teorias, depois dizer a que defendemos e, por fim, dar a nossa opinião.) Devemos tentar sempre conjugam a nossa argumentação com a argumentação jurídica, ligando aos princípios, dizendo que o que está subjacente é o princípio da autonomia privada, e indicar os elementos de interpretação.)

Exercício 2

Correspondente ao Exercício 7 do Manual

“Alguém que, de boa-fé (nos termos e para efeitos do artigo 1340º do Código Civil), faz obra em prédio alheio, acrescentando-lhe valor maior do que aquele que este tinha, em caso de pretender adquirir o prédio, goza de algum direito? Qual?”

➤ Adquire um direito potestativo de poder ficar com a propriedade manifestasse essa vontade.

Se o B não quiser adquirir, embora tenha feito a obra, goza de um **direito de compensação**. Já falámos das benfeitorias, ainda vamos analisar melhor este regime, nomeadamente da posse, mas como ainda não demos, não

² Segundo este princípio, há alguém que constrói uma vivenda/um muro, etc, sobre a propriedade; ora, tudo o que é construído sobre a propriedade passa a ser propriedade do prédio. Mas isto em Portugal não existe tendo em conta o artigo 1340º, que aponta para a ideia contrária.

vamos discutir muito. Porém, para além a posse e da benfeitoria, no manual discute-se a possibilidade de aplicar os artigos 1339º e ss.

Se sustentarmos que estamos na Escola de Lisboa, **que não é automática**, se o B não quiser, ele vai querer a compensação na mesma. A lei não tem uma norma diretamente aplicável, por isso Rui Pinto Duarte sustenta uma *aplicação por analogia*, se tiver *boa-fé* aplicamos o regime de indemnização segundo a responsabilidade civil, se tiver de *má-fé* aponta para a ideia de uma indemnização limitada pelo enriquecimento sem causa (critérios de indemnização mais restritivos em relação a quanto está de boa fé). A resolução segundo o regime das benfeitorias vai ser feito mais para a frente.

Princípio Sergio Solo - Tudo o que for construído na superfície do prédio passa a ser do proprietário do solo. Em Portugal este princípio não é tão defendido, por isso é que há toda esta interpretação restritiva do 1340. Este artigo aponta no sentido contrário às das normas jurídicas da humanidade. O que prevalece o solo ou o que está à superfície? Depois o segundo problema é se adquire automaticamente ou precisa de declaração de vontade.

Para além disto ainda se pode discutir de podemos aplicar as regras da benfeitoria do possuidor. Mas isso implica saber se o B pode ser considerado um possuidor (vamos falar disto mais para a frente).

Exercício 3

Correspondente ao Exercício 8 do Manual

“Por que razão alguns autores chama à situação regulada no artigo 1343 "acessão invertida?”

A razão para chamarem acessão invertida, prende-se com o facto de se tratar de um caso que se constrói em terreno próprio (na acessão do 1340º é em terreno alheio e passa-se a ser proprietário), mas que se prolonga também, de boa-fé, para uma parcela de terreno alheio, se o proprietário não se opuser no período determinado de tempo, quem prolongou a edificação pode passara a ser proprietário desta, uma espécie de cessão.

Boa-fé. Exige-se uma atuação de boa-fé e contemporânea ao momento da construção desde que o proprietário do terreno alheio não se oponha à construção no prazo de três meses após o início da ocupação. Reconhecido o direito de adquirir o prédio por acessão industrial imobiliária deverá aquele pagar o valor do terreno, antes da incorporação da obra, e indemnizar pelos danos causados com a ocupação. A transmissão da propriedade do imóvel só ocorre quando esse pagamento for realizado.

Exercício 4

Correspondente ao Exercício 9 do Manual

“Diga se o titular de uma fracção autónoma de um edifício em propriedade horizontal pode fazer cada uma das seguintes obras sem aprovação pelos outros condóminos:

- a) Numa fracção de rés-do-chão destinada a comércio, aumentar a dimensão da montra;

Deveríamos em primeiro lugar verificar se se trata de uma parte comum ou de uma fracção autónoma e, de seguida, ver qual o regime em causa. Assim, há que levantar um problema. Há Jurisprudência que considera que se trata de parte comum, mas também há Jurisprudência que considere que se trata de fracção autónoma. Tomando como exemplo as fachadas, há que fazer uma interpretação do artigo 1421º/1, alínea a). Há que invocar o argumento da chuva – quando chove e há um problema de infiltração da parede exterior, cria infiltrações para todo o prédio. Desta forma, convém que todas as estruturas estejam preparadas para tal. É um problema que preocupa todos os condóminos. Assim, o presente artigo visa exactamente as partes que são preocupações de todos os condóminos. Tendo em conta este argumento, considero que a montra corresponde a uma parte comum (tal como o professor). Assim sendo, há igualmente que argumentar que quando se fala no aumento da montra, estamos a implicar necessariamente um avanço das estruturas do prédio, por exemplo. É necessário mexer nas paredes. O argumento da chuva remete para uma **interpretação extensiva** do artigo.

Há quem invoque um argumento quanto à montra não dever ser parte comum, no sentido em que para tal, poderia ser necessário pedir autorização a todos os condóminos no sentido de colocar coisas na montra. Tal não se viabiliza, na medida em que isso corresponde ao uso da coisa. Desde que seja devidamente justificado, o professor aceita as hipóteses em exame.

- O primeiro problema era o da identificação enquanto parte comum ou fracção autónoma;
- Posteriormente, devemos recorrer ao 1422º como regime especial;
- O segundo problema era assim identificar se se tratava de uma alteração ou modificação;
- Se não estiver consagrado no 1422º, recorre-se ao 1425º;
- Discutir assim se o 1425º é aplicável apenas a partes comum ou se alarga a fracções autónomas³.

Considerando que é parte comum, importa assim recorrer ao artigo 1422º. Aqui tínhamos de discutir se se tratava de um *prejuízo* ou de uma *modificação* da linha arquitectónica ou arranjo estético do edifício. Há que referir sempre que isto depende do caso concreto, na medida em que é diferente aumentar uma montra em património histórico, por exemplo, de aumentar uma montra numa rua comum. Convém conhecer a dimensão estética do edifício para determinar se corresponde a uma modificação ou a um prejuízo estético absoluto. Assim, haviam duas soluções possíveis: se se tratasse de um prejuízo, aplica-se o artigo 1422º/2, alínea a); enquanto se se tratasse de uma modificação, se aplicava o artigo 1422º/3. Tendo em conta o primeiro, essa possibilidade está desde logo vedada pela letra da lei. Não havendo uma deliberação, ou seja, não se dizendo na hipótese que houve uma maioria de 2/3, não seria também possível aumentar a montra nos termos do artigo 1422º/3.

Se se ponderasse a aplicação do 1425º, tínhamos de dizer que existe novamente o problema de saber se este se aplica quer as partes comuns quer às fracções autónomas. A Jurisprudência oscila.⁴ Se tivéssemos considerado que se tratava de uma parte comum, recorríamos e demonstrávamos a necessidade de se verificar a maioria exigida pelo 1425º/1. Se, pelo contrário, tivéssemos considerado que se tratava de uma fracção autónoma, não havia necessidade dessa maioria.

b) Instalar equipamento de ar condicionado furando a parede exterior;

O primeiro problema que se levanta é saber se a parede exterior corresponde a parte comum ou a fracção autónoma. Por conseguinte, considerava-se que era parte comum nos termos do artigo 1421º. Se fosse parte comum, era exigível uma maioria de 2/3. Se fosse fracção autónoma, não se aplica o artigo 1422º.

De seguida, temos o segundo problema, o de verificar se existe uma regra aplicável do artigo 1422º. Verificado que não existe uma hipótese do artigo 1422º, aplica-se o regime das inovações do artigo 1425º. Chegando ao 1425º, se fosse considerado que era fracção autónoma, não seria necessária uma maioria. *A contrario*, se fosse parte comum, já era necessária autorização dos condóminos.

c) Instalar equipamento de ar condicionado sem furar a parede exterior, mas colocando o chamado compressor (uma parte do equipamento) encostado a tal parede, bem visível;

Mais uma vez, temos de determinar se se trata de uma parte comum ou de uma fracção autónoma. Por conseguinte, era preciso desde logo determinar que não existe nenhuma modificação numa parte comum. Assim, estávamos perante uma fracção autónoma. O segundo problema: verificar a aplicabilidade do 1422º.

Como tal, tínhamos de determinar se se verificava um prejuízo ou uma alteração da linha arquitectónica ou do arranjo estético do edifício. Não havendo qualquer obra, não podemos estar no domínio do 1422º/2, alínea a). Na

³ No exame final, em casos em que se aplica o artigo 1422º, só explicamos o artigo 1425º para ter a cotação toda. A relevância para o caso em concreto não contempla a necessidade de recurso ao 1425º.

⁴ Atentar à posição **Rui Vieira Miller**.

mesma linha, o 1422º/3 também não deve ser considerado, na medida em que refere também a existência de obras. A questão seguinte é verificar se há um título constitutivo que proíbe a instalação de compressores. Assim, poderia haver uma proibição que viabilizava a aplicação do artigo 1422º/2, alínea d). Para o professor, *devíamos fazer uma interpretação extensiva, ou seja, considerar que a instalação do equipamento de ar condicionado corresponde a uma obra*. Assim, teríamos de ponderar a aplicação do 1422º/2, a) ou 1422º/3. Nestas coisas dos compressores devemos estar no lado da estética.

O terceiro espaço é do 1425º. Não havia discussão para a aplicação do presente artigo.

d) Fechar uma varanda com materiais amovíveis;

Aqui não se coloca a questão de actuação em partes comuns. A hipótese é muito semelhante à anterior em termos dos problemas jurídicos que se levantam. Há a questão da parede exterior da varanda e do espaço da varanda. O espaço corresponde apenas ao condómino (é da sua fracção autónoma). Isto tendo em conta que as varandas costumam ter apenas acesso a um dos condóminos. Há a questão de saber se a parede exterior cabe dentro das alíneas do 1422º ou se já não entram nas partes comuns.

Se fosse determinado que é parte comum, teríamos de recorrer ao 1422º e, posteriormente, ao 1425º. Além disso, pode ser referido que a prática social em Portugal é a destas obras serem feitas ao abrigo das varandas enquanto fracções autónomas, na medida em que existe uma prática generalizada de construir as marquises.

Muitas vezes na Jurisprudência parte-se do pressuposto que a varanda é fracção autónoma, mas deve referir-se que há aspectos que devem ser considerados como partes comuns, nomeadamente os casos abrangidos pelo artigo 1422º. A primeira coisa que se visava é se é ou não obra e, posteriormente, considerando que é obra, se se tratava de um prejuízo ou de modificação. Isto invocando argumentos como o da chuva. O professor considera que as varandas e compressores devem ser partes comuns.

e) Colocar uma placa na parede exterior publicitando que na fracção em causa está instalado um consultório médico;

É muito frequente. É necessário verificar se furo ou não a parede exterior, pelo facto desta se tratar de uma parte comum. Além disso, poderia colocar-se a questão de se o fim poderia ou não limitar (ex.: se a finalidade é a da habitação e se divulga um consultório médico, estamos perante uma violação, regulada nos termos do artigo 1422º/2, c). Quer seja consultório médico autorizado ou não, é duvidoso que a placa possa ser colocada.

f) Alterar as paredes divisórias (interiores) da fracção em causa.”

Não sendo parte comum faz o que quiser, é autónoma. **Completar de acordo com o procedimento dos outros.**

Exercício 5

Correspondente ao Exercício 11 do Manual

“Diga, justificando, se são válidas as seguintes estipulações constantes de um regulamento de condomínio inserido num título constitutivo de propriedade horizontal:

– Proibição de fumar nas partes comuns do prédio;

A proibição de fumar nas paredes comuns do prédio é válida, na medida em que o regulamento pode dispor sobre o uso e fruição de partes comuns, conforme determinado pelo artigo 1418º/2 do CC.

– Proibição de fumar nas fracções autónomas;

A proibição de fumar nas fracções autónomas - Sendo proprietários de uma fracção autónoma, devemos ter o uso (e não usufruto) da fracção, salvo em situações que justificadamente prevaleçam sobre essa liberdade. Isso seria uma restrição excessiva do conteúdo material de propriedade das fracções autónomas. O contra argumento é que o conteúdo material do direito material sobre fracções é estabelecido no próprio título constitutivo com oponibilidade erga omnes, logo os proprietários de cada fracção já têm esse conhecimento prévio desse título constitutivo e regulamento antes de serem titulares do direito de propriedade face aquela fracção. O professor é a favor do tabagismo - sou livre de morrer com cancro nos pulmões. **Teoria dos Direitos Fundamentais e Teoria dos Direitos de Personalidade** associada à **Teoria do Direito de Propriedade** para esclarecer a liberdade excessiva. Mas que Direito Fundamental? Esta questão é mais problemática, mas poderíamos alegar, por exemplo, o livre desenvolvimento da personalidade. Uma das formas de resolver o direito de propriedade datado é estabelecer uma conjugação com a CRP.

– Proibição de alojar cães, gatos e pássaros;

Se estabelecesse desde logo, no título constitutivo, a proibição de alojar animais (cães, gatos e pássaros) não podíamos. Argumento do cego: as pessoas que não veem precisam de animais. Existe o problema das partes comuns: eles têm de passar pelas partes comuns frequentemente (**é um argumento muito importante**).

– Proibição de tocar instrumentos musicais;

No que diz respeito a tocar instrumentos musicais: estabelece horários, proibições, etc (**regulamento geral do ruído**). Invocação do direito fundamental à integridade física. (Prática jurídica interdisciplinar - direitos reais, constitucionais, administrativo) - Artigo 70º do CC. No regime civil, deveríamos falar dos artigos 1422º/1 e 1346º. Mas e durante o dia? As proibições abrangem as fracções autónomas. Uma maneira seria através do abuso do direito para limitar o direito de propriedade. O artigo 1418º permite-me limitar em absoluto a propriedade sobre a fracção, pelo que o professor acha que não é preciso recorrer ao abuso do direito. Podemos falar do argumento dos direitos fundamentais - escolha da profissão, liberdade de desenvolvimento das pessoas mais o argumento da isolamento - esferovite. Além disso temos a limitação excessiva do direito material das fracções autónomas. Proibição de tocar instrumentos depois de x horas, acima de determinados decibéis. Artigo 62º/2 - não estabelece um conteúdo mínimo para o direito de propriedade - depende da constituição.

O artigo 1416 está configurar o estatuto real do direito de propriedade horizontal, usando a discricionariedade que o legislador constitucional admite ao legislador ordinário. Deve-se ter em conta as pessoas que trabalham à noite e precisam de descansar durante o dia. Com a pista dos direitos fundamentais do CC e do artigo 18º da CRP, surge o problema da aplicação directa dos direitos fundamentais e efeitos destes sobre terceiros. Foram criadas na sua origem como garantias do cidadão perante o Estado, mas depois começou-se a discutir se em alguma medida os direitos fundamentais podem ser invocados entre cidadãos, isto é, se têm eficácia horizontal (e não vertical face ao Estado).

O Artigo 1418º CC permite a proibição absoluta sobre a fracção, pelo que agora há que encontrar mecanismos de limitar este artigo relativamente às proibições absolutas sob fracções autónomas serem válidas. É necessário conjugar o argumento com os direitos fundamentais, pois não pode haver uma limitação excessiva deste direito de propriedade, em que temos que ter em conta a liberdade à profissão, liberdade de desenvolvimento pessoal e também podemos aqui falar sobre o argumento do isolamento como resolução desta questão. Pode então ser permitida esta prática mas com certa restrição razoável, por exemplo a questão do horário, a questão do isolamento.

O regime é muito pouco pormenorizado, deixando ao legislador ordinário discricionariedade para legislar sobre este tipo de pormenores. Mas podemos dizer que o artigo 1418º do CC cria uma restrição excessiva sob o direito de propriedade sobre as fracções autónomas, pois a CRP diz muito pouco sobre este direito real.

Direito Fundamental - descanso, bem-estar: discriminação para quem também direito de escolher a profissão. Quem trabalha de noite, e quer descansar durante o dia (ex. enfermeiros que trabalham para os turnos) – direito de livre repouso. Quando falamos dos direitos fundamentais temos duas pistas: os direitos personalidade (artigo 70º do CC) e direitos fundamentais (artigo 18º da CRP), os quais gozam de **eficácia horizontal**, sendo que têm efeitos sobre terceiros. **Ou seja, os direitos fundamentais podem ser invocados entre cidadãos**. O núcleo dos direitos que estão mais ligados à dignidade da pessoa humana (como a integridade física) são de maior aplicabilidade nesta questão da oponibilidade dos outros cidadãos.

Nota: só podemos falar da aplicação de direitos fundamentais quando estamos perante o caso concreto, logo no caso não deveríamos fazer conclusões sem dizer isto. Porque se tivermos um prédio com um enfermeiro ou padeiro, tinha de ser feita uma maior restrição e concordância prática; do que se não tivéssemos, e todos trabalhassem durante o dia.

– Proibição de fazer funcionar máquinas entre as 22 horas e as 7 horas.

No que diz respeito à proibição de fazer funcionar máquinas entre as 22h e as 7h - A tarifa biorária é muito importante: só temos dinheiro para por a máquina a funcionar neste horário (fica muito mais barato). Outro argumento: devido ao meu trabalho, eu só frequento o apartamento a essas horas, pelo que só a consigo por a funcionar nestas horas. O artigo 1418º permite regulamentar o uso das fracções autónomas.

Nos termos do artigo 1418º/2, alínea b), o título constitutivo pode conter o regulamento do condomínio e disciplina do uso, fruição e conservação, quer das partes comuns, quer das partes autónomas do edifício. Assim, pode proibir todas as opções com excepção da proibição de fumar em fracção autónoma, uma vez que em nada irá importunar os vizinhos, pois o cheiro libertado pelos cigarros incomodará o vizinho tanto como o cheiro de alguma comida. Relativamente ao regulamento elaborado em Assembleia dos Condóminos, não pode em nada interferir com as fracções autónomas. Este é elaborado na falta de um inserido no título constitutivo ao abrigo do artigo 1429º-A/ e o número 2 indica que deve ser a assembleia a fazê-lo. Assim, as proibições em parte comum podem ser feitas, mas as relativas a parte autónoma não, uma vez que o artigo 1305º atribui ao proprietário o direito pleno de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertençam dentro dos limites impostos por lei; uma vez que não é regulamento inserido em título constitutivo, não podem ser feitas estas proibições quanto à fracção autónoma.

Pronuncie-se ainda sobre a validade de cláusulas idênticas inseridas em regulamento aprovado em reunião da Assembleia de Condóminos com os votos favoráveis de 80% dos votos correspondentes ao total do capital investido.”

Quanto à maioria necessária, nos termos do 1432º/3 exige-se uma maioria simples (logo os 80% seriam suficientes) para as deliberações enquanto para alteração do regulamento em título constitutivo se iria exigir unanimidade com base no artigo 1419º. O 1429º diz que exige maioria exigida pela lei. O professor acha que há a questão da maioria e que se incide sobre as fracções autónomas ou comuns. O 1429º-A só incide sobre as partes comuns. Tínhamos de olhar para as diversas hipóteses para saber se eram problemas de fracções autónomas e partes comuns.

Consequências jurídicas: nulidade, porque há normas injuntivas (como protecção de terceiros), pelo que o regime não pode ser a anulabilidade. Como é que eu sei quando é anulabilidade ou nulidade? A resposta prende-se com a racionalidade - normas injuntivas: normas que não protegem meramente o interesse das partes, mas os interesses do terceiro.

Distinção entre regimes da nulidade e anulabilidade:

- Nulidade invocada a todo o tempo, anulabilidade (287º) prazo de um ano;
- Nulidade pode ser invocada por toda a gente, a anulabilidade só pode ser invocada pelas partes;
- Nulidade conhecimento oficioso por um juiz, anulabilidade não.

Exercício 6

Correspondente ao Exercício 12 do Manual

“Há 15 dias, A, administrador do edifício X, constituído em propriedade horizontal, afixou no *hall* de entrada e nos elevadores do mesmo, anúncios, convocando uma reunião da respectiva Assembleia de Condóminos para anteontem. Desses anúncios constava que a reunião seria às 21 horas, se a tal hora não estivessem presentes condóminos que representassem mais de 50% do valor total do prédio, ou às 22 horas, qualquer que fosse então a percentagem do valor total do prédio representada pelos condóminos presentes. Por outro lado, os anúncios indicavam como ordem de trabalhos «proibição de fumar nas partes comuns». Às 21 horas de anteontem, os condóminos presentes representavam 30% do valor do prédio. A reunião começou às 22 horas, estando então presentes condóminos titulares de fracções correspondentes a 55% do valor total do prédio.

Foi deliberado, por unanimidade dos presentes, que no edifício X passava a ser proibido fumar nas partes comuns, incluindo *hall*, escadas, elevadores e pátio. B, condómino que não esteve presente, pretende saber s, e como, pode pôr em causa a deliberação tomada. Analise os factos descritos e dê a sua opinião a B.”

Em primeira instância deveríamos falar sobre os actos jurídicos relevantes e as questões jurídicas suscitadas.

Vícios:

- a) A Assembleia deveria ter sido convocado por meio de *carta registada* e não com a afixação de nota no *hall*, nos termos do artigo 1432º/1 do CC. Temos por isso um **problema de forma** na convocatória. A forma realizada não preenche os requisitos de forma, porque exista a *falta de assinatura*. Aquilo que existia era um aviso de convocatória (anúncio no elevador), não estando assinado para efeitos do 1432º/1.
- b) A lei não impõe um determinado *espaço de tempo entre a primeira e a segunda convocatória*. Mas tendo em conta a razão de ser da lei (elemento substancial), e como a própria lei diz «outra data» - artigo 1432º/4 -, deveria ser a reunião marcada para outro dia e não para uma hora posterior. Se uma pessoa não pode às 21h, à partida também não pode às 22h. É indicada a mesma data, mas as são horas diferentes e não outra data, como deveria ser. Temos aqui outro vício.
- c) O artigo 1432º/2 estabelece os requisitos de forma que não foram todos preenchidos. A convocatória tem de ter os seguintes elementos: dia, hora, local, ordem de trabalhos. Na hipótese, nada diz sobre o local. Ou há um vício, ou achou-se que isso não era importante para por no caso prático. (O professor não achava que era vício, mas achava que nós deveríamos na mesma, em exame, levantar a questão. Mas não era um ponto muito importante).

Não há vício:

- a) *Legitimidade da convocatória*: pode ser feita pelo administrador, nos termos do artigo 1431º/1, pelo que A, sendo o administrador, tem legitimidade para o fazer. Assim não há vício.
- b) No momento da constituição da Assembleia estava presente o quórum constitutivo e deliberativo? A maioria dos presentes estava preenchida na primeira convocatória? Às 21h estavam presentes 30%, pelo que não estava presente quórum necessário (1432º/º3 + início do número 4). Para efeitos de comparecimento temos um quórum constitutivo; mas para efeitos de deliberação precisavam de 50% (quórum deliberativo). Não existia quórum constitutivo às 21h, o que fez que eles comesçassem antes às 22h, altura na qual já existia quórum constitutivo. Às 22h tinham mais de 50%, que dava para a primeira convocatória. A lei exige quóruns diferentes entre primeira (maioria dos condomínios que representam a maioria do valor do prédio/capital investido) e segunda convocatória (exige a maioria dos presentes desde que representem pelo menos 25%), conforme o artigo 1432º/º3 e 4. A deliberação foi adoptada, em segunda convocatória, no caso concreto, existindo os requisitos necessários: 55% a deliberar por unanimidade (para a segunda convocatória). Preencheria igualmente os requisitos da lei para a 1ª convocatória.

Ver artigo 1422º/2 alínea d) dado que existe aqui uma restrição no título constitutivo - a de «proibição de fumar nas partes comuns» - sendo uma deliberação sobre isto, tem que haver unanimidade segundo o referido artigo. Mas o que este artigo refere é “sem oposição”. Será a mesma coisa que unanimidade? Sem oposição - há abstenções ou não estiveram lá presentes. Os que estão presentes e votaram contaram todos a favor, esta letra da lei abarca estas duas hipóteses. Embora coloque a possibilidade de ser unanimidade. Devemos analisar ainda o 1432º/5,6 e 7.

Mas existe ainda o facto de isto ser um problema de regulamento de condomínio, pelo que se devia ver este regulamento. Aplico o 1418º ou o 1429º-A, dado que se trata de matéria de regulamento? Aplica-se o 1429º-A, pois trata-se de partes comuns apenas e porque não se trata do regulamento associado ao título constitutivo, mas sim ao meio da vida do condomínio, por assembleia. O 1429º-A disciplina o uso das partes comuns e neste caso trata-se de

proibição de fumar em partes comuns, diz que se delibera na assembleia dos condóminos, que é o que acontece neste caso.

Colocou-se a hipótese de ver o 1422º/2, alínea d) – se estamos perante uma questão de regulamento e somos remetidos para o artigo 1418º, ou se estamos perante uma deliberação sobre matéria de regulamento, exige-se unanimidade. Assim há a necessidade ouvir os condóminos que não estiveram na assembleia. Para B, que quer impugnar, este artigo não interessa (só o 1429º-A. A alteração do regulamento do condomínio preenche estes requisitos.

Se fosse no âmbito das frações autónomas não aplicávamos o 1429º-A, mas sim o 1422º, se for regulamento voltamos ao 1418º e teria que ser em conjunto com o título constitutivo, que já existia. Assim, tem que ser uma alteração semelhante à modificação do título, pelo que vamos ao 1419º, que exige unanimidade para alterar o título. Por isso faz sentido que uma modificação do regulamento conexo ao título seja também por unanimidade. (mas neste caso é parte comum o tema que se está a discutir).

Conclusão: Há um problema no aviso, o qual corresponde a um vício de forma da convocatória, uma vez que não está assinado, nos termos do artigo 1432º/1. Há ainda que realçar um problema na segunda convocatória, nomeadamente, o vício quanto à data. Não se indica nova data da convocatória, mas apenas uma hora diferente, o que vai contra o disposto no artigo 1432º/2. Por fim, há um problema quanto às maiorias. Há um vício das deliberações da Assembleia de Condóminos, pelo que a sanção aplicável é a da anulabilidade, nos termos do artigo 1433º/4. Existe na esfera jurídica de B o direito potestativo de convocar uma Assembleia extraordinária. Fica ainda com 60 dias para pedir a anulação ao tribunal.

Exercício 7

Correspondente ao Exercício 13 do Manual

“A vendeu a B nua propriedade do prédio x e a C o usufruto sobre o mesmo prédio. Antes de estar registada a favor de B a nua propriedade, mas depois de estar registada a favor de C o usufruto, D fez registar sobre o prédio em causa uma penhora, feita no âmbito de uma execução que move contra A. Se o prédio vier a ser vendido e tal processo judicial poderão B e C opor ao adquirente os direitos que compraram a A?”

Em primeiro lugar, há que determinar que A fez um negócio com B sobre o prédio x. D faz registar uma penhora, por exemplo a favor de E, uma vez que nada é estabelecido na hipótese. B não registou e se o registo é uma condição de eficácia sobre terceiros – artigo 5º/4 do Código do Registo Predial, aplica-se a regra do consensualismo estabelecida pelo artigo 408º do Código Civil. Assim, transmitia-se desde logo o prédio x para B. Por conseguinte, temos de avaliar a questão da transmissão voluntária ou não voluntária. O negócio com D não retrata a transmissão voluntária e como tal, não seria protegido. Apesar de não ter registado a aquisição, B estava salvaguardado porque do outro lado estava D a penhorar, ou seja, não havia uma transmissão voluntária (artigo 408º, CC e artigo 5º/4 do CRP). A leitura literal do 5º/4 aponta para as teses mais restritivas, nomeadamente, a de Coimbra e a da Jurisprudência maioritária, defendendo então o caso como estabelecido até agora, a favor da protecção de B – há um conceito restritivo de terceiro, pelo que D não era considerado como tal.

[Os factos sujeitos a registo só produzem efeitos relativamente a terceiros – terceiro distingue-se face às partes. Alguma doutrina acolheu interpretações restritivas de terceiros, o qual foi acolhido pelo artigo 5º/4Os efeitos reais entre as partes dão-se por mero efeito do contrato mas entre terceiros dá-se por efeito do registo. O contrato gera efeitos do lado interno e o registo produz efeitos externos.]

Relativamente a E, coloca-se o mesmo problema. **A venda judicial não é uma venda voluntária**, pelo que não há uma transmissão voluntária. Assim, tem implicações para a interpretação do conceito restritivo de terceiro. Não há jurisprudência tão clara face a este assunto além do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência 3/99. No entanto, no acórdão de uniformização de Jurisprudência, o legislador não falou de transmissão voluntária, mas de autor, pelo que abriu espaço ao conceito de terceiro. Por esta lógica, B prevalece sobre D. Por outro lado, para defendermos a

posição do E podíamos dizer que autor comum não implica transmissão voluntária. Porém a tendência jurisprudencial é não defender a posição do E.

O negócio entre A e C foi usufruto. Segundo o princípio da compatibilidade juntamente com o princípio da prevalência o usufruto é compatível com a propriedade assim como a penhora, não o afecta. Assim, no processo executivo, o que está a ser vendido é a nua propriedade permanecendo sem qualquer alteração a posição do usufrutuário. Isto tudo aconteceu uma vez que C registou antes, se estivesse numa posição semelhante ao B tudo seria com base no conceito restritivo de terceiros e jurisprudência, como no caso o C registou em primeiro lugar o seu direito nunca é afectado pelo direito de outros.

Exercício 8

Correspondente ao Exercício 14 do Manual

“Por escritura pública realizada há 90 dias, A vendeu a B o prédio x. No mesmo ato notarial, B constituiu hipoteca sobre tal prédio a favor do banco C, para garantia de um empréstimo que este lhe concedeu para financiar a compra. A aquisição de B e a hipoteca a favor de C foram objeto de registos provisórios alguns dias antes da escritura. Entretanto, já após a escritura, foi registada uma penhora sobre o mesmo prédio, já após a escritura, efetuada no âmbito de um processo executivo que D move contra A. Quando fez a nomeação do prédio à penhora, D conhecia a existência dos registos provisórios a favor de B e de C. Se B e C requererem os registos definitivos da aquisição e da hipoteca, por conversão dos registos provisórios, a penhora ser-lhes-á oponível?”

1. Identificar a história;
2. Descrever o regime do código do registo civil e do código civil;
3. Optar por um ou outro, justificando devidamente.

Estamos no âmbito do registo provisório, o qual é visado pelo artigo 6º/3 do CRP. Se B e C têm registos definitivos com base nos registos provisórios, os quais são antecedentes ao registo da penhora feito por D. Assim, a penhora não lhes era oponível. Como foi feito o registo provisório e só depois foi feito o contrato definitivo, temos de verificar até quando retroagem os efeitos. Do ponto de vista lógico, A vende a B e este cria uma hipoteca a favor do C. Além disto, há uma penhora posterior de D contra a A. Assim:

Em primeiro lugar tínhamos de falar no artigo 408º do Código Civil, do princípio do consensualismo, segundo o qual, a venda e a hipoteca seriam anteriores à penhora, pelo que o B e o C estariam cautelados. No entanto, recorrendo ao CRP, temos apenhora registada, a qual nos levava para os problemas levantados no artigo 5º, uma vez que o registo da venda e da hipoteca são posteriores. Se não houvesse registo provisório, estaríamos num caso semelhante ao do exercício 13. No entanto, uma vez que existe um registo provisório, temos de aplicar o artigo 6º do CRP. Assim, B e C seriam tutelados. Isto era o que já acontecia no regime do Código Civil, mas neste caso há uma pessoa que regista primeiro, pelo que teríamos de avaliar esta situação. Contudo, conclui-se que mesmo tendo o registo definitivo da penhora sendo anterior ao registo definitivo da venda e da hipoteca, há um registo provisório, o qual, nos termos do artigo 6º do CRP, faz prevalecer a posição de B e C. Nestes casos invoca-se o princípio da prevalência, regulado no presente artigo, segundo o qual são impostos limites temporais – impõe uma **prioridade temporal** do registo provisório.

Uma sub-hipótese remetia para a ideia de verificar até quando retroagiam os efeitos. Pode ser feita uma de duas leituras: ou se faz uma interpretação restritiva e, no caso em concreto, os efeitos retroagiam apenas até à venda e hipoteca; ou, por outro lado, adoptar-te – tal como o professor tende a fazer – o percurso mais longo, segundo o qual os efeitos retroagiam ao registo provisório.

Exercício 9

Correspondente do Exercício 15 do Manual

“O Banco B, S.A., tinha registado a seu favor uma hipoteca sobre um certo prédio de que A era proprietário. Após ter obtido o cancelamento do registo de tal hipoteca com base num documento falso pelo qual o banco renunciava à hipoteca, A vendeu o mesmo prédio a C (que ignorava a falsificação). Sabendo que C registou a aquisição, diga se o banco pode fazer reverter o cancelamento da hipoteca e fazer valer esta contra C.”

O efeito constitutivo é associado à hipoteca, desde logo por via do artigo 687º do CC, bem como do artigo 4º/1 do CR Predial. É uma hipoteca registada, pelo que tem eficácia entre as partes e quanto a terceiro. Até aqui não podem haver dúvidas em que a hipoteca foi constituída pelo registo inicial. Assim, B tem uma hipoteca. O **problema**: A emite um documento falso e da sua utilização para alterar o Registo Predial e a posterior aquisição, neste caso transmissão do bem a C.

A primeira ideia remetia para a aplicação do artigo 291º, no entanto, não deveria ser esta a solução. Há que ter em conta que para a aplicação deste artigo tínhamos de ter uma situação linear em que há dois negócios jurídicos (o que implicava que A tivesse vendido a B e depois B tivesse vendido a C). A não vendeu ao Banco e tampouco este vendeu a C. Não se aplicava.

Esta hipótese geral é substituída pelo caso especial do artigo 17º/2 do CR Predial, o qual está pensado para quando as situações de dupla alienação ou de alienação sucessiva estão relacionados com vícios do próprio registo. No 17º/1 verifica-se que há um problema de invalidade do registo (neste caso associado a uma falsificação). Podem haver negócios jurídicos praticados por terceiros, aquisições que foram realizadas, confiando no que estava no registo. É o caso de C – comprou o bem a A porque quando olhou para o registo predial não estava publicitada qualquer hipoteca, mas apenas a propriedade de A. Ao confiar no registo, avançou para aquisição. Mantém a hipoteca uma vez que não foi renunciada. A hipoteca não se extinguiu, apenas “não está registada”. Do ponto de vista substantivo, o Banco foi enganado, mas do ponto de vista da confiança, também C actuou de boa-fé. *Na sequência do registo, sabemos que a função do registo é a protecção dos terceiros.* Aqui temos uma situação especial em que os terceiros sejam protegidos em casos de invalidade do registo. Se de alguma forma o C soubesse – não actuasse de boa-fé – já não seria protegido.

Em conclusão, ao abrigo do artigo 17º do CR Predial, o Banco não podia reverter o cancelamento da hipoteca a valer contra C. O raciocínio é o de que o registo funciona do ponto de vista da aquisição – quando vou comprar quero saber se quem vende tem legitimidade. O segredo do registo predial é a segurança nas transações económicas, ou na linguagem económica, da diminuição dos custos de transação. Há uma grande preocupação em dirimir os custos de transação, sendo possível pelo registo. A inexistência do registo nas economias primitivas fazia aumentar os custos de transação, o que na perspectiva económica, faz com que se diminuam as transações económicas e, conseqüentemente, não se desenvolviam as economias. Actualmente, temos economias desenvolvidas que fazem com que seja possível ao comprador confiar na compra.

[No âmbito do direito das obrigações poderia e haveria lugar a penalização de A, bem como no âmbito penal, na medida em que se trata de uma burla, de um crime de falsificação. Além disso, haveria sempre lugar a responsabilidade civil porque conexas com a responsabilidade penal há sempre civil. Há uma ofensa aos direitos absolutos (integridade, moralidade); bem como a normas de protecção – violação de disposições legais destinadas a proteger direitos alheios. Violam-se normas que visam tutelar interesses. Neste caso, A viola o direito absoluto da hipoteca; quer normas penais que protegem os direitos de B. Poderia ainda haver um contrato de mútuo entre A e B, no qual se gera obrigações de conduta, sendo que este comportamento romperia a boa-fé e gerava também responsabilidade civil.]

Nota: regime geral do CR Predial e regime especial do CR Predial. Assim, enquanto o artigo 5º não faz referência à boa-fé, o 17º apresenta essa exigência. Além disso, há Doutrina, sobretudo Menezes Cordeiro, que considera que o artigo 5º, ainda que não o faça na letra da lei, exige o requisito da boa-fé. Outros autores determinam que não é exigível, na medida em que não está na letra da lei. O facto de não estar expresso, não significa que não possa na mesma haver uma reacção do OJ com base no artigo 334º do Código Civil (abuso de direito – ofensa à boa-fé; ofensa aos bons

costumes; e ofensa à finalidade económica e social). Assim, as situações de conluio, na tradição germânicas, são enquadradas nestas ofensas, podendo sempre ser tuteladas por este regime.

Além disso, **Menezes Cordeiro**, ao defender esta tese, faz com que tivesse que ser o terceiro, neste caso C, a demonstrar que estava de boa-fé, no sentido de poder ser abrangido pela norma. No lado oposto, em que não se procura esse último requisito, já não é o C que tem de demonstrar boa-fé, mas sim B.

Exercício 10

Correspondente ao Exercício 16 do Manual

“Porque razão uma parte da Doutrina portuguesa qualifica o efeito do registo predial como «consolidativo» ou «confirmativo»?

Esta questão está associada ao regime do efeito de oponibilidade erga omnes, ou seja, oponibilidade perante terceiros. Não se dobra tanto sobre o conceito restritivo de terceiro, mas antes a figura do registo como condição de eficácia real, tendo a ver com aquilo que andámos a discutir sobre a natureza jurídica, sobre o lado interno e externo do direito real. Assim, aquilo que se pretende mostrar, e que **Rui Pinto Duarte** defende, é o lado externo do direito real. Pessoas como **Oliveira Ascensão** defendem que o direito real surge nos termos do CC com o título e o registo apenas consolida os efeitos. É um discurso mais nebuloso, na qual não se fala com esta arquitectura do lado interno e externo. Basicamente, a eficácia real nasce com o título e o registo vai apenas consolidar ou confirmar os efeitos que dele resultem. Atentar que isto é independente do conceito de terceiro. É deste modo um problema prévio a essa discussão. É outra narrativa: o direito real surge conforme o artigo 408º e o registo consolida.

Exercício 11

Correspondente ao Exercício 26 do Manual

“Há oito anos, a X, Lda. Contraiu um empréstimo junto do Banco Y, S.A., no valor de €1 000 000, 00, que garantiu com a hipoteca do prédio p. De então para cá, não amortizou nenhuma parte do capital e só pagou os juros devidos nos dois primeiros anos. A X, Lda. Foi declarada insolvente. No âmbito do respectivo processo, o prédio p foi vendido por €1 250 000,00. Sabendo que a taxa de juro foi de 10% ao ano até há três anos e de 5% ao ano desde aí, diga:

- a) Se todos os juros a que o Banco Y, S.A. tem direito estão cobertos pela hipoteca;
- b) No caso de não estarem, qual o valor que está coberto.”

Para a resolução deste caso temos três posições doutrinárias para a interpretação do art. 693º. Para efeitos do número 3 não foi feito um registo de nova hipoteca, pelo que não se aplica. O artigo em causa respeita ao 693º/2. Assim, não há preferência perante os demais credores no que respeita a mais de três anos de juro. Existem três maneiras de interpretar este artigo: no caso em concreto é uma situação que ocorre frequentemente na vida prática.

Esta situação é importante, na medida em que lembra que a ideia do «dinheiro não ter preço» é errada; custa quer aos Bancos que têm de pagar juros aos Bancos Europeus e Internacionais que emprestaram esse dinheiro, quer ao particular que paga os juros dos empréstimos. Durante todos aqueles anos, o Banco teve o dinheiro do lado da X, Lda., mas para o assegurar, teve de receber de outros Bancos.

São três anos, mas durante esse período de tempo, as taxas de juros aplicáveis não se mantiveram iguais, tiveram oscilações. Este artigo serve para punir a inércia do credor (esta é a ratio legis desta norma: ao estabelecer três anos, permite-se que ao fim daqueles três anos se actue logo em tribunal; assim, seria mais favorável optar pelos três anos seguintes). Para uma interpretação mais favorável ao Banco, era bom considerar os três anos seguintes. Os problemas de limitação à propriedade privada é que «pagam, mas não recebem», portanto o artigo está mal construído. Ofende-se a propriedade privada de outros clientes, que acabam por ser prejudicados por aquele que não

paga aquilo que deve ao Banco, na medida em que este fica incapaz de fazer empréstimos com outros Bancos ou cobrar taxas mais elevadas aos outros credores. Assim, prejudica-se a propriedade privada de todos os outros envolvidos.

Crítica: o professor não gosta da epígrafe do art. 693º. Os bancos, para financiarem a economia, têm de financiar em função do risco. É por este motivo que os bancos pedem garantias, como as hipotecas, que fazem reduzir o risco. Os bancos vão assim financiar taxas de juro mais reduzidos, devido a essa garantia. Mas este artigo vem determinar que a hipoteca não cobre todos os juros, ou seja, faz com que os bancos possam ser lesados. Daqui decorre que os bancos se vejam obrigados a dar menos financiamento; ou financiamento mais caro, com taxas de juro mais elevadas. Tem a ver com os negócios dos bancos e o financiamento da economia. A bem dizer, é um raciocínio básico de análise económica do Direito que foi ignorado pelo legislador.

“Uma dúvida que se pode colocar sobre o sentido do art. 693º/2 – dúvida essa que releva quando a taxa de juros vencidos varie no período em causa – é a de como contar esse prazo, ou por outras palavras, qual o lapso de tempo a considerar não abrangido pela hipoteca: o que excede três anos a contar do início do vencimento ou o que excede os três anos a contra (“para trás”) do momento final relevante (o da venda judicial)?”

Rui Pinto Duarte considera que o período a considerar como coberto tem de ser o dos últimos três anos (os restantes são abrangidos por algo que se diria uma «prescrição da garantia».

O art. 693º/2 determina que *«tratando-se de juros, a hipoteca nunca abrange, não obstante convenção em contrário, mais do que os relativos a três anos»*. Dá um limite aos juros de três anos. Além disto, há uma **clivagem a nível Doutrinal**: há Jurisprudência que defende que são os últimos três anos; outra que são os primeiros três anos em dívida, em mora (juros de mora); e por fim, outros defendem que são os três anos que o credor escolher – dentro do intervalo do cumprimento, das obrigações de juro que estão vencidas. Esta última têm grandes implicações para os créditos com taxas variáveis. O que tinha lógica era a inexistência desta norma – não existir este prazo de três anos - na medida em que se trata de uma norma restritiva da hipoteca e portanto, uma norma restritiva da concessão de crédito – sendo que esta faz parte do sistema circulatório da economia. Limita o retorno dos bancos e aumenta as taxas de juro, prejudicando no geral todos os devedores. Aumenta o custo do crédito para os particulares e para as empresas. (Este limite de retorno é consequência dos bancos não terem a garantia).

Sobre este preceito pode dizer-se que:

- É um meio indirecto de limitar quantitativamente os juros cobertos pela hipoteca;
- Tem como razão de ser proteger as expectativas de terceiros quanto ao valor máximo abrangido pela preferência;
- Visa também estimular a diligência do credor exequente sem, contudo, forçar a agir logo que exista incumprimento.

Atenção⁵

Exercício 12

Correspondente ao Exercício 33 do Manual

“Há cinco anos, A e B celebraram um contrato-promessa pelo qual aquele prometeu vender a este e este comprar àquele uma fracção autónoma de um edifício a construir. O preço estabelecido foi de 150 000 euros, tendo B pago a quantia de 50 000 euros por conta do preço e a título do sinal.

Há dois anos, depois de acabada a construção e de constituído o prédio em propriedade horizontal, A entregou a fracção autónoma a B, que nela passou a viver. No entanto, nunca foi celebrada a compra e venda, pois A não tinha

⁵ Para o exame, o professor pretende que se faça um enquadramento teórico curto sobre o tema em questão; que se explique a base legal, descrever o problema e as várias querelas doutrinárias. Por fim, é necessário discutir e dar a nossa opinião. Temos que referir o artigo e os problemas, portanto, deve criticar-se o preceito, escolhendo uma das interpretações que mais se aproxime à nossa opinião. Devemos fazer uma passagem por todos os pontos da grelha.

possibilidade de transmitir a fracção livre de ónus, já que não possuía meios para pagar ao Banco C o crédito deste, que goza de garantia hipotecária sobre o prédio.

A acabou por ser declarado insolvente. Há 15 dias, o administrador da insolvência, na ausência de B, que se encontrava a trabalhar, tomou conta da fracção, tendo, para isso, arrombado a respectiva porta. B quer saber:

- a) Se pode reagir (e como) contra o acto do administrador;
- b) Que direitos tem sobre a fracção autónoma.

Pergunta-se ainda: as respostas às perguntas anteriores seriam as mesmas se o prédio não tivesse sido constituído em propriedade horizontal?"

Houve uma hipoteca após a traditio. Em qualquer um dos casos, houve contrato-promessa e houve entrega de sinal, o qual foi utilizado para pagar ao empreiteiro. Assim, há hipoteca e contratos-promessa. Foi feita a construção em propriedade horizontal; mas para fazer a escritura pública, tinha que pagar ao banco.

Para fazer a transferência da fracção autónoma ao Banco, tinha de fazer o distrate à hipoteca sobre a fracção. Estando à beira da insolvência, não consegue cumprir os contratos de compra e venda, pelo que entrega a chave àquele que lá ia viver, embora sem contrato de compra e venda, uma vez que não conseguiu pagar ao Banco o que lhe devia. A situação aqui descrita corresponde à situação social típica.

O administrador da insolvência de A arrombou a porta e apreendeu a fracção autónoma em B vivia. Pode este reagir contra o acto do administrador da insolvência; quais os seus direitos?

- a) Tem direito de retenção sobre a coisa, pelo que a forma como poderia reagir era apelando à acção directa nos termos do art. 1285º. No entanto, não é possível, na medida em que se trata de uma venda judicial.⁶
- b) Trata-se de um problema relativo aos direitos de retenção. A propósito deste direito, falámos dos casos em que este se reflecte na vida prática, nomeadamente: do promitente-comprador e do empreiteiro. Este caso remete para a hipótese do promitente-comprador.

Existe direito de retenção? Se tiver direito de retenção, o que significa ter direito de retenção e quais as faculdades que dispõe?

É O DIREITO CONCEDIDO PELA LEI A UM CREDOR QUE DETÉM UMA CERTA COISA DO DEVEDOR CONSISTENTE NA FACULDADE DE A RETER ENQUANTO NÃO FOR PAGO; BEM COMO NA FACULDADE DE SE FAZER PAGAR COM PREFERÊNCIA SOBRE OS CREDORES COMUNS, POR FORÇA DA SUA VENDA JUDICIAL (ARTS. 754º, 758º E 759º/1). TEMOS ASSIM DUAS FACULDADES POSSÍVEIS.

O ART. 754º DETERMINA A CLÁUSULA GERAL, SENDO QUE O 755º DETERMINA AS SITUAÇÕES ESPECIAIS. UMA VEZ QUE SE VERIFICA UM CASO REGULADO NAS CLÁUSULAS ESPECIAIS, NÃO TEMOS DE VERIFICAR OS ELEMENTOS DA PREVISÃO NORMATIVA DO ART. 754º. NO CASO CONCRETO, FOI CONSTITUÍDA PROPRIEDADE HORIZONTAL, PELO QUE B TINHA UM DIREITO DE RETENÇÃO SOBRE A SUA FRACÇÃO AUTÓNOMA, AO ABRIGO DO ART. 755º/1, ALÍNEA F). NESTE CASO, TEMOS DE VERIFICAR SE ESTÃO PREVISTOS OS ELEMENTOS DE PREVISÃO NORMATIVA DA ALÍNEA F) DO ART. 755º. ISTO É REFORÇADO PELO FACTO DO DIREITO DE RETENÇÃO NÃO ESTAR SUJEITO A REGISTO.

DESTE MODO, TEMOS DE VERIFICAR SE ESTÃO REUNIDOS OS ELEMENTOS DA PREVISÃO NORMATIVA DO ART. 755º/E):

- B É BENEFICIÁRIO DO CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UMA FRACÇÃO AUTÓNOMA;
- HOUVE TRADITIO (PAGAMENTO DO SINAL);
- CRÉDITO RESULTANTE DO NÃO CUMPRIMENTO DO ART. 442º: SINAL EM DOBRO⁷.

⁶ Explicado no ponto seguinte.

⁷ Para que este exista, é preciso que exista sinal. Ao haver traditio, houve sinal, pelo que era possível o sinal em dobro.

- **TEM DIREITO DE RETENÇÃO.** SÓ DEPOIS DE DETERMINAR ESTE DIREITO É QUE SE DEVEM DETERMINAR QUAIS AS FACULDADES QUE O SUJEITO DETÉM EM CONSEQUÊNCIA DO DIREITO. NESTE CASO, TEM DIREITO DE RETENÇÃO DE COISA E A FACULDADE DE SE FAZER PAGAR PELO PRODUTO DA VENDA DA COISA SOBRE PREFERÊNCIA PERANTE OS OUTROS CREDORES.

Quanto à segunda faculdade: quando B recorre ao advogado, não basta afirmar que este tem direito de se fazer pagar pelo produto da venda. Assim, tinha que começar por reclamar o crédito no processo de insolvência. Foram a sua casa e reclamaram a fracção autónoma, o seu bem. Tinha de invocar o direito de retenção no processo da insolvência, uma vez que este prevalece sobre a hipoteca (art. 795º/2).

Existem três factos, pelo que existem três consequências jurídicas:

- (1) Reconhecer o crédito;
- (2) Determinar que tem direito de retenção;
- (3) Deve ser pago em primeiro lugar, antes da hipoteca.

Deste modo, continuando no raciocínio de um advogado para o seu cliente: teríamos de começar por determinar em que âmbito se pode exercer este direito de retenção. Sabendo que existe este direito, surge um problema: B pode e tem o direito de manter a coisa, mas a casa foi arrombada. Assim, poderia apenas mudar a fechadura e manter o bem? É que não podemos esquecer que o bem se encontra num processo de insolvência.

O que é esta faculdade de reter a coisa? Mantém a posse da coisa enquanto não for pago. Ainda não foi pago o sinal em dobro. É pacífico que B tem esta faculdade de retenção da coisa ou é duvidoso? Por um lado, na lei só se exige a tradição da coisa para ter esta faculdade; mas por outro, discute-se se a posse corresponde a uma posse simbólica – a detenção da chave – ou a posse física – se tinha mesmo de morar lá. Neste caso, B tinha ambas as coisas.

O problema é que este direito de retenção é duvidoso no momento da execução judicial. Naquele momento tem a faculdade de se fazer pagar pelo produto da venda da coisa com preferência sob os demais credores; mas do ponto de vista do processo de insolvência, também tenho a faculdade de reter a coisa em detrimento do tribunal que executa? Não, existe apenas a possibilidade de se fazer pagar com preferência sobre os demais credores. Reclama apenas o crédito, pelo que deve ser feita uma interpretação restritiva, alegando que existe apenas a segunda faculdade.

Porém, em defesa de B, teríamos que sustentar ao limite a continuidade da faculdade de retenção. Se fosse este o caso, teríamos disponível o meio de acção directa, a qual prevista no art. 336º e 1227º (posse). B não tem a posse, mas detém a coisa. Neste caso falamos da posse correspondente ao direito de retenção, ao usufruto. A posse do artigo não é uma situação de mera detenção, é a posse correspondente ao direito real. B tem posse, na medida em que tem direito real de usufruto e fruição (direitos reais); é mais do que a mera detenção. Consequentemente, poderíamos enveredar pela acção directa.

- Aplicação do art. 1285º - «embargos de terceiro»: assim, à pergunta se pode reagir contra o acto do administrador, deveríamos dizer a B que tem direito de retenção, mas não tem a faculdade de reter a coisa. Tem a posse, pelo que era viável falar na acção directa, mas como estamos no âmbito da venda judicial, não faz sentido aplicar «embargo de terceiro» do art. 1285º. Tem o direito de reclamar o seu crédito com preferência sobre os demais credores, nomeadamente, sobre a hipoteca.
- Se estiver em causa a execução judicial da coisa, deve ser feita uma interpretação restritiva quanto à detenção da coisa. Assim, nestes casos, não faz sentido aplicar o art. 1285º.

Última questão: nesta sub-hipótese tem de ser discutido se existe efectivamente o direito de retenção não sobre a coisa, mas sobre uma parte da coisa. Existe Jurisprudência do STJ que determina que têm esse direito, ainda que tal vá criar problemas quanto à segunda faculdade do direito de retenção. Assim, deve ou não ter direito de retenção?

O princípio da especialidade ou de individualização releva para esta questão, determinando que só podem existir direitos reais de acordo com o Estatuto dos Direitos Reais. Assim, o problema está na interpretação e aplicação da base legal (art. 755º, alínea f)). Temos de determinar se, nos casos em que existe traditio, mas ainda não existe propriedade horizontal, pode ser aplicado o presente artigo.

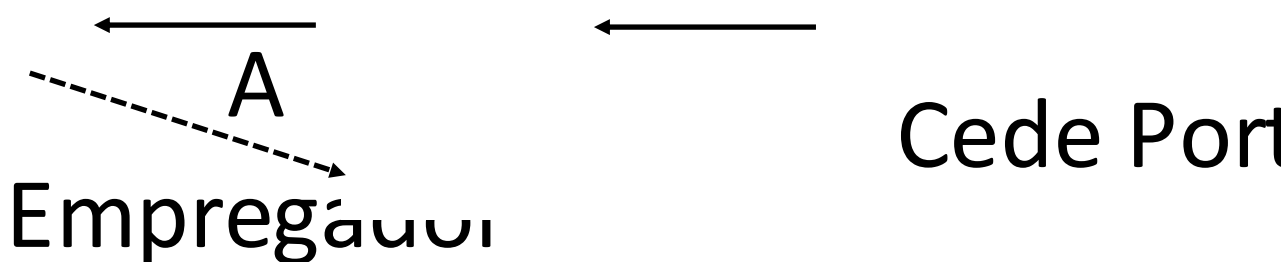
Há um **acórdão de uniformização de Jurisprudência (4/2014)** que releva nesta questão. No âmbito da graduação de créditos em insolvência, o promitente-comprador, em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional, mas com traditio, devidamente sinalizado, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art. 755º/f) do Código Civil. Esta uniformização é uma rule of law, é uma norma jurídica. Assim, os elementos desta norma: art. 755º/1, f). A grande novidade desta norma é que se refere ao promitente-comprador como consumidor do mercado habitacional, pelo que se não for um promitente-comprador, o STJ já não aprova. Se for uma empresa, o Supremo já não aprova o direito de retenção. **Mesmo que não tenha um direito real de aquisição (pode ter ou não), pode ter um direito real de garantia.** Os caminhos são separados. Se quiser sinal em dobro, já não vou comprar a casa, quero uma indemnização (ou seja, um direito real de aquisição). Se quero comprar, é direito real de garantia, se reconhecida eficácia real.

Exercício 13

Correspondente ao Exercício 34 do Manual

“A é empregado da empresa B, Lda. Esta confiou-lhe, para o exercício das suas funções profissionais, um computador portátil. Tal computador foi penhorado numa execução que C moveu contra A. Sabendo que B, Lda. Detém o computador ao abrigo de um contrato de aluguer, em que é locador D, S.A., diga se B, Lda., e D, S.A. se podem opor a tal penhora (com que fundamentos e com que meio processual).”

Identificação do problema e da base legal: houve uma penhora do computador a A, mas este não lhe pertencia. Se C é credor de A, C pode penhorar o património do A ao abrigo do direito das obrigações, mas se o bem não pertence ao património do executado, há um problema.



Estamos no âmbito de uma penhora, pelo que tínhamos de discutir a aplicabilidade do art. 1285º. Levanta-se assim o problema de determinar o sentido da «posse». Começando por D, este tem direito de propriedade. Assim, era necessário recorrer aos artigos de defesa da propriedade – arts. 1311º e seguintes. Fala-se em termos genéricos da acção de reivindicação, mas não se fala de embargos de terceiros. A secção acaba no art. 1315º, o qual determina que os artigos precedentes são muito fracos, falam pouco deste tema. Assim, os embargos de terceiros e as providências cautelares não são referidos para a defesa de propriedade; assim, para este efeito, tenta-se a defesa possessória. Terá posse para utilizar não apenas o art. 1280º, mas os restantes da defesa da posse e, como tal, o art. 1285º?

O facto de alugar o bem faz com que D perca a posse? Não. Aquilo que se passa é que o que recebe o aluguer não se transforma no proprietário, mas no detentor, mero possuidor em nome alheio. Assim, o possuidor em nome próprio é o D, logo, pode aplicar-se o art. 1285º, podendo fazer embargo de terceiro.

Penhora

Quanto a B: poderia alegar que precisa do computador para que C trabalhe. Assim, como advogados de B, era de referir a aplicação do art. 1037º/2, o qual determina que «o locatário que for privado da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos pode usar, mesmo contra o locador, dos meios facultados ao possuidor nos artigos 1276º e seguintes». Assim, era aplicável como resultado da extensão do regime da posse para situações de mera detenção. Em consequência, B podia também invocar o «embargo de terceiro» estabelecido no art. 1285º.

- Assim, B e D podiam requerer ao tribunal que levantasse a penhora.

Exercício 14

Correspondente ao Exercício 38 do Manual

“No ano passado morreram A e B, pais de C. Ao «tratar da herança», C descobriu que um dos terrenos de que os seus pais sempre se tinham intitulado donos e que já pertence à família há mais de 50 anos não está inscrito na Conservatória do Registo Predial – embora esteja inscrito na matriz predial como pertencendo aos seus pais.

Informe C se poderá vir a registar a seu favor o prédio em causa na Conservatória de Registo Predial e, em caso afirmativo, quais os passos que terá de dar para tanto.”

Os terrenos não estão inscritos na Conservatória do Registo Predial, embora esteja no Fisco (pagam impostos). O nosso cliente neste caso é C. Do ponto de vista do direito substantivo, quais os seus direitos? E do ponto de vista processual, quais os passos que poderá dar?

Está relacionado com a usucapião, pelo que, relativamente ao direito substantivo, tínhamos de verificar se os pressupostos da usucapião estavam preenchidos para A e B; bem como se houve transferência da propriedade para C. Assim, quanto à base legal: a disposição genérica da usucapião está disposta no art. 1287º. Era o primeiro artigo que devia ser invocado. O prazo estabelecido é de 15 anos, se estiver de boa-fé. Se sempre foi o terreno da família, estava de boa-fé; o requisito do prazo estava igualmente cumprido – 50 anos. Deveria ser invocado o art. 1296º, quanto à falta de registo, ainda que não altere em larga medida a solução até aqui indicada. Para determinar os pressupostos da boa-fé requerida, teríamos de invocar o art. 1260º.

- 1287º: disposição genérica da usucapião;
- Deveríamos começar pelo requisito da posse: arts. 1255º e 1256º;
- Depois falar-se-ia no requisito do tempo: arts. 1287º, 1296º e 1260º.

Pressupostos da Usucapião:

(1) Posse;

(2) Decurso do Tempo.

O problema é que a usucapião em causa é de C, não dos pais. Assim, temos de recorrer ao segundo pressuposto da usucapião. C adquire a posse pela morte dos pais, ou seja, por sucessão *mortis causa*. Para o efeito, aplicar-se-ia o art. 1255º. Há uma continuidade da posse, pelo que C pode invocar o tempo de posse dos seus antecessores; assim, pode somar ao seu ano a posse dos seus pais para efeitos de preencher os 15 anos do art. 1296º.