

DIREITOS REAIS

Inês Feldmann Mota Pimentel Carreiro – 1º semestre, 3º ano – 2018/2019

Professor Pedro Caetano Nunes

Noções gerais

Bibliografia

- Rui Pinto Duarte
- Oliveira Ascensão
- Menezes Cordeiro
- Carvalho Fernandes – para a posse

Avaliação

- Exame final + **avaliação contínua** (50% com limite de 3 valores)

Notas introdutórias

- As garantias nem sempre são dadas em reais, mas sim em obrigações onde estudamos a garantia das obrigações, que são reais ou pessoais. Posso estudar direitos reais de garantias em reais por serem direitos reais ou em obrigações por serem garantias das obrigações.
- Esta é uma disciplina concetual abordando conceitos centrais que são importantes (ligação germânica). Os conceitos centrais são a concretização da lei e servem para os casos, já que a solução nem sempre está na letra da lei.
- A transmissão da riqueza é matéria nuclear em direito privado. Apesar de hoje ser mais comum através de ações, a transação é feita através de contratos e obrigações, cujo objeto são direitos reais.
- Há uma distinção que é estrutural entre situações relativas e situações absolutas. É uma distinção abstrata que vai marcar muitos regimes jurídicos.
- Outro tópico relevante que sempre se discutiu, é o aspeto ideológico subjacente aos direitos reais: propriedade privada ou propriedade pública. Desde Platão (coletiva) e Aristóteles (privada). Como argumento central a favor da propriedade privada fala-se no desenvolvimento da personalidade: se não tiver um objeto só meu, não desenvolvo tanto a minha personalidade. Sempre existiram grandes discussões sobre partilha da riqueza, mas prevalece a privada desde quase sempre. Vamos olhar para a matéria com o pressuposto da existência de propriedade privada em direitos reais.

INTRODUÇÃO AOS DIREITOS REAIS

Conceito de direito real

Um direito real é um **direito subjetivo** ou uma modalidade de direito subjetivo. Podemos dizer que é um género de direito subjetivo que se distingue dos demais por quatro características:

- **Natureza privada**
- **Carácter absoluto**
- **Patrimonialidade**
- **Objeto consistente em coisas corpóreas**

Um direito subjetivo é, segundo o professor Menezes Cordeiro, uma **permissão normativa específica de aproveitamento de um bem**. Este é um conceito extremamente importante que gera alguma polémica quanto à sua definição.

A **conceção mais tradicional** (de Coimbra e de *Savigny*), defende que o direito subjetivo é um poder que o ordenamento jurídico dá a um sujeito para este agir juridicamente em função da sua vontade. Por outras palavras, é uma liberdade de atuar por sua vontade. A **conceção utilitarista de Leri** entende que o direito subjetivo é um interesse juridicamente tutelado. A **conceção germânica** define o direito subjetivo como um poder da vontade tutelada pela ordem jurídica.

A **escola de Menezes Cordeiro**, marcada pela filosofia deontica, de *poder ser*, defende que quando há um direito, há uma permissão. Esta escola de filosofia analítica classifica as normas jurídicas, descobrindo que há umas que são permissivas e outras impositivas, sendo que umas atribuem direitos e as outras impõem deveres. Atribuído um direito, há uma permissão, daí a definição de Menezes Cordeiro onde importa destacar as primeiras duas palavras: é uma **permissão normativa** de atuação individual.

O **professor Caetano Nunes** entende que poderes ou sujeições são distintos dos direitos ou deveres. Aqui o exercício jurídico não se reconduz a um dever ou a um direito. Em direitos reais, temos direitos subjetivos, permissões, direitos como outros, mas que têm as tais características distintivas que passamos a aprofundar agora.

Características dos direitos reais

→ **Natureza privada**

Na distinção entre direito público e privado, os direitos reais são de natureza privada. A propriedade que aqui é regulada é a privada e não a pública. **Que critérios podemos usar para distinguir o direito privado do direito público?**

- **Critério dos sujeitos** – confronto entre entidades públicas e entidades privadas.
- **Critério da posição dos sujeitos** – no direito privado, os sujeitos estão em situação de igualdade formal, enquanto que no direito público estão em desigualdade, onde prevalece a entidade pública *jus imperium*.

- **CrITÉrio do interesse** – este critÉrio coloca dum lado a prevalÉncia do interesse pÚblico e do outro a paridade de interesses privados.

Qual É o melhor critÉrio? O critÉrio a seguir É o do interesse jÁ que estÁ na origem dos outros. Sem interesse pÚblico, nÁo prevalece a vontade da entidade pÚblica.

Esta disciplina trata, portanto, da **natureza da propriedade privada**. Contudo, no Âmbito do direito pÚblico, fala-se em conceitos algo similares, porque a dogmática dos regimes de propriedade É de origem privada. Assim, quando houve necessidade de teorizar a propriedade pÚblica, continuou a usar-se os termos que jÁ existiam do domÍnio privado. É por esta razÁo que algumas das coisas que vamos aprender nesta cadeira podem servir para o direito pÚblico tambÉm. Tomemos por exemplo as certidÕes, que existem no domÍnio privado e no pÚblico tambÉm. Outro exemplo, desta vez no Âmbito do domÍnio À construçÁo: para que possamos construir algo temos de ter uma licençA administrativa que acaba por limitar o nosso direito À propriedade. É outro aspeto que tambÉm jÁ entre na Área do domÍnio pÚblico.

→ **CarÁter absoluto**

Em termos gerais, ter um direito com carÁcter absoluto significa ter um direito que se pode opor a qualquer pessoa, É a **oponibilidade erga omnes**. Ao contrÁrio dos direitos de crÉdito, nÁo se trata de uma oponibilidade *erga singulu*, isto É, relativo a alguÉm concreto, mas antes de uma oponibilidade absoluta e total. Exemplificando, dizemos que o A pode opor o seu direito de propriedade ao B, mas tambÉm ao C, ao D ou a qualquer outra pessoa, É um direito oponÍvel a qualquer terceiro.

Este É um **critÉrio estrutural** para a distinçÁo entre direitos reais e os direitos de crÉdito, do ramo do direito das obrigaçÕes, ambas divisÕes do Direito Civil. É de notar que serve ainda em sucessÕes e direito da famÍlia jÁ que tambÉm aí hÁ direitos relativos e direitos absolutos.

O **artigo 1311º** É um **exemplo do carÁcter absoluto do direito real**. Isto porque o detentor do direito de propriedade pode exigir judicialmente contra qualquer um, o reconhecimento do seu direito. Ora, isto nÁo acontece nas obrigaçÕes onde os direitos sÁo relativos, apesar de haver a querela doutrinÁria da eficÁcia externa das obrigaçÕes.

→ **Patrimonialidade**

A patrimonialidade **significa suscetibilidade de avaliaçÁo pecuniÁria**. Esta suscetibilidade tem subjacente as ideias de **mercado** e de **troca**. As coisas sÓ tÊM valor se tiverem mercado e forem suscetÍveis de troca. SÓ posso dizer que um direito vale x euros se for suscetÍvel de troca e se puder entrar no mercado.

Os direitos de personalidade, como o direito À vida ou À integridade fÍsica sÁo direitos sem carÁcter patrimonial, nÁo podem ser comprados ou vendidos. O que nÁo invalida que a violaçÁo desses direitos gere indemnizaçÕes. O foco aqui É que os direitos reais, nomeadamente o direito de propriedade, tÊM um valor econÓmico.

Estas primeiras caracterÍsticas jÁ analisadas permitem-nos distinguir os direitos reais dos de crÉdito, de personalidade e de outros direitos absolutos possÍveis. Contudo, nÁo permitem a diferençA entre os direitos reais e os direitos de propriedade intelectual.

→ Objeto consistente em coisas corpóreas

A última característica, e única que permite distinguir os direitos reais dos direitos de propriedade intelectual, é a incidência sobre coisas corpóreas. **Os direitos reais são referentes a coisas corpóreas**, enquanto que os direitos de propriedade intelectual, apesar de também serem direitos subjetivos, privados, absolutos e patrimoniais não se referem a coisas corpóreas, mas a patentes ou marcas. Os direitos de propriedade intelectual dividem-se em direitos de autor e propriedade industrial.

Nos direitos romano-germânicos esta distinção está muito vincada para contrariar os tempos na história, no período jusnaturalista, em que se punha no mesmo saco direitos reais e direitos de propriedade intelectual, abdicando-se desta distinção.

O que são coisas corpóreas? O artigo 203º fala-nos da classificação das coisas. Esta classificação já tem subjacente a ideia de coisa corpórea e dividem-se em coisas móveis e imóveis, simples ou compostas, fungíveis ou não fungíveis, consumíveis ou não consumíveis, divisíveis ou indivisíveis, principais ou acessórias, presentes ou futuras. No fundo, coisas corpóreas são todas aquelas cuja própria substância pode ser apreendida pelo tato ou pela visão. Dentro das coisas, há que distinguir as móveis das imóveis.

Os direitos reais incidem sobre as coisas móveis e imóveis. Contudo há uma exceção que resulta de um precipitado histórico, uma vez que o **direito real do penhor** além das coisas móveis e imóveis, pode incidir sobre coisas não corpóreas, **pode incidir também sobre direitos**. O que aconteceu foi que a história teve mais peso do que a organização germânica, fazendo com que estas categorias e distinções que vimos não valessem de forma absoluta.

Uma outra nota terminológica que importa destacar é que falamos em **direito real como sinónimo de direito das coisas** e não como oposto a imaginário. A origem etimológica da palavra deriva do latim, em que a palavra coisa é “res”, daí que utilizemos a expressão direitos “reais”.

Conceções de direito real (querela com origem germânica)

→ Corrente realista ou clássica

A corrente realista ou clássica é aquela que realça ou concebe o **direito real como uma relação entre uma pessoa e uma coisa**. Noutra formulação, não uma relação com uma coisa, mas um **poder sobre essa coisa**, um domínio sobre ela. Os direitos reais são a modalidade mais importante dos direitos de domínio.

Se nos direitos de crédito temos a satisfação do interesse do credor com a cooperação da outra pessoa, devedor, aqui a satisfação do interesse do A é operada através do exercício de poderes diretos sobre a coisa. Ou seja, não há cooperação, sou eu que vou colher os frutos da coisa, que a uso, que habito diretamente.

No entanto, esta acaba por ser uma **conceção criticável**, porque é errado falar em relações com objetos. A ideia de relação implica duas ou mais pessoas e nunca objetos. Contudo, se focarmos na formulação como um poder sobre a coisa, em vez da relação com a coisa, esta crítica perde a sua razão de ser.

→ Corrente personalista

A corrente personalista concebe o **direito real como um direito oponível erga omnes**. Caracteriza-o, não como uma relação com qualquer objeto, mas como um direito sobre um objeto oponível a todos. Distinguimos, segundo esta conceção, o direito de crédito do direito real por um ser relativo e o outro absoluto, respetivamente.

Para esta conceção, a oponibilidade *erga omnes* é a única característica que distingue o direito real do de crédito. Fala-se numa **relação passiva universal em que o A é titular ativo e o universo do resto das pessoas são titulares passivos**.

Há **duas críticas** possíveis a esta conceção. A primeira é a **desvalorização o poder direto sobre a coisa**: não é dada qualquer relevância ao uso, retirada de vantagens ou domínio sobre a coisa. A segunda é o **artificialismo da ideia da relação universal passiva**: é difícil conceber que uma pessoa em Lisboa tenha uma relação com uma pessoa da Nova Zelândia nestes termos, ainda que passiva.

→ Corrente eclética – corrente predominante

A corrente predominante é a corrente eclética que **distingue dois lados do direito real, o lado interno e o lado externo**. O lado interno é o que diz respeito ao poder direto sobre a coisa, enquanto que o lado externo é o que se refere à oponibilidade *erga omnes* desse poder sobre a coisa.

Há quem acentue mais a relevância do lado interno e outros a do lado externo, contudo esta é a conceção predominante. O professor Henrique Mesquita dá prevalência ao lado interno, enquanto que o professor Rui Pinto Duarte valoriza mais o lado externo bem como o professor Caetano Nunes.

Numa frase, a ideia subjacente a esta corrente é: **poderes diretos sobre uma coisa só têm carácter real se forem oponíveis de forma absoluta, erga omnes**.

Vamos estudar os direitos reais de gozo e os de garantia. No penhor, às vezes não há poder direto sobre a coisa, só fazendo sentido abranger este instituto nos direitos reais se seguirmos a corrente que valoriza também o lado externo, da oponibilidade.

O regime jurídico dos direitos reais como precipitado histórico

Este regime resulta de uma grande evolução histórica, daí termos normas que não estão enquadradas dentro dos regimes a régua e esquadro, mas antes como era previsto nos pensamentos germânicos.

Institutos como o **arrendamento ou a locação são direitos de crédito**, havendo uma relação jurídica entre quem arrenda/aluga e quem é o dono daquilo que é arrendado/alugado. Também é verdade que existe uma grande relação entre a coisa e quem lá está, podendo o arrendatário, por exemplo, proteger o apartamento contra qualquer pessoa que tente invadir (oponibilidade *erga omnes*). Contudo, **apesar de existir uma relação com a coisa e existir oponibilidade erga omnes, que nos leva a associar ao direito real, a verdade é que estas locações historicamente se estudam como sendo do direito das obrigações**.

O mesmo se passa com certos direitos de gozo. Vamos estudar aqui direitos reais de gozo que permitem usar as coisas, mas há um conjunto de direitos, os chamados **direitos pessoais de gozo** que, apesar de atribuírem domínio sobre uma coisa e terem oponibilidade *erga omnes*, **não são considerados direitos reais**.

Este é o caso da parceria pecuária, do depósito e da locação, que, por força de um precipitado histórico, são vistos como relações de crédito. Por sua vez, o usufruto, o direito de uso e o direito à habitação já se enquadram nos direitos reais.

Categorias de direitos reais

Ao longo do semestre vamos estudar três categorias de direitos reais: direitos reais de gozo, direitos reais de garantia e direitos reais de aquisição.

→ **Direitos reais de gozo**

A **coisa é afeta à satisfação dos interesses** do usuário/proprietário através do uso, fruição ou apropriação de frutos. A **coisa é afeta à retirada de utilidade**. Usar é, por exemplo, dormir no prédio ou passear pela propriedade rústica da qual se é proprietário. Apropriar-se dos frutos pode ser apanhar maçãs das árvores ou recolher as rendas da casa que arrendamos (neste caso fruto civil). Exemplos de direitos reais de gozo são a **propriedade** e o **usufruto**.

→ **Direitos reais de garantia**

Estes surgem quando está em causa a garantia da satisfação de um crédito. Havendo um direito real de garantia, a **coisa é afeta ao cumprimento de uma obrigação**, à satisfação de um qualquer direito de crédito, **através do seu valor e/ou dos seus rendimentos**, e **com preferência sobre os demais credores**.

O titular do direito real de garantia não tem como objetivo retirar frutos nem usar a coisa, apenas quer satisfazer o seu crédito, caso da hipoteca. Pode fazê-lo através do valor da coisa, isto é, do produto que advier da venda, ou através dos rendimentos subjacentes à coisa. Embora o mais frequente seja a venda, de uma maneira ou de outra, falamos de **uma coisa funcionalizada à satisfação de um crédito**.

A **preferência sobre os demais credores** é outro aspeto essencial, dado que se tiver um direito real de garantia sobre aquela coisa, todo o capital que dela advier vai instantaneamente ser afeto ao meu crédito, ainda que o devedor tenha mais credores.

A garantia geral das obrigações é o património do devedor. Isto significa que quando o devedor não cumpre, o credor pode executar o património dele. Daí que se diga: pelas dívidas respondem os bens do devedor. Já no direito real de garantia há um credor que é satisfeito em primeiro lugar, porque tem preferência sobre os outros. Quem tem um direito real de garantia, como uma hipoteca, por exemplo, vai satisfazer o seu crédito através do produto da venda da casa e só se sobrar algo é que se vai passar ao pagamento dos demais credores. Distingue-se da garantia geral das obrigações por ser *erga omnes*, podendo o titular deste direito rela de garantia opor-se a todos os outros.

Falamos da **hipoteca** a título de exemplo, mas são vários os outros institutos possíveis como o **penhor**, a **consignação de rendimentos**, a **retenção** ou o **arresto**.

→ Direitos reais de aquisição

Os direitos reais de aquisição têm que ver com a possibilidade de aquisição da coisa com preferência sobre terceiros. Um contrato promessa gera um direito de aquisição, isto é, um direito a fazer um contrato definitivo no futuro. É uma **possibilidade de aquisição de um direito sobre uma coisa** que pode ter ou não oponibilidade *erga omnes*. **Se essa possibilidade tiver oponibilidade *erga omnes*, é um direito real**, se não tiver, não tem carácter real porque não tem preferência sobre os demais.

Exemplo de um direito real de aquisição é o **direito real de preferência**, em que é atribuída a possibilidade de aquisição da coisa com preferência sobre terceiros.

A conceção mais tradicional tende a considerar que apenas os direitos reais de gozo são verdadeiramente direitos reais. Isto porque quando estamos no campo dos direitos de garantia ou de aquisição, podemos concluir que não envolvem o lado interno do tal domínio sobre a coisa, mas apenas a oponibilidade *erga omnes*, o lado externo.

Direito de propriedade c. direitos reais menores

Dentro do ramo dos direitos reais, encontramos, por um lado, o direito de propriedade e, do outro, todos os outros direitos reais considerados direitos menores.

O direito de propriedade é o direito real máximo, é aquele que dá mais faculdades e poderes ao seu titular, e é o que existe sempre. Já os direitos reais menores, a existir, têm de coexistem com o direito de propriedade.

Se além da propriedade também houver direitos reais menores, como uma hipoteca, por exemplo, este direito real de garantia vai coexistir com o direito de propriedade, limitando-o. Assim, **o direito de propriedade pode ser contraído por direitos reais menores**. Se uma mãe dá uma propriedade e fica com o usufruto, o filho vai ter o seu direito sobre aquela propriedade limitado pela presença da mãe.

Obrigações reais e ónus reais – subcategorias dos direitos reais

→ Obrigações reais ou *propter rem*

Muitos direitos reais compreendem na sua estrutura deveres. Uma situação jurídica pode ser analítica ou complexa, podendo ser vistas como uma árvore ou mesmo uma floresta. Um direito de propriedade, visto de uma perspectiva muito analítica, é um direito de habitação, mas também de arrendar, hipotecar ou vender a propriedade. Isto significa que, **dentro do direito de propriedade tida como situação jurídica complexa, há várias situações analíticas mais simples**. Algumas dessas situações analíticas podem ser passivas e coexistir com as ativas (deveres e direitos respetivamente).

Um exemplo pode ser o do proprietário que tem de contribuir para as despesas do condomínio. Esse pagamento é uma obrigação, mas do ponto da árvore, da SJ complexa, integra o direito real de propriedade. Do ponto de vista analítico, é relativa já que é entre o A proprietário do apartamento e o B que tem a gestão do condomínio, mas integra-se num direito real que, visto numa perspectiva macro, tem uma estrutura absoluta e oponibilidade *erga omnes*.

Falamos disto nesta cadeira de direitos reais, mas há que reiterar que **dentro da situação complexa (direito real de propriedade), há uma situação analítica que é um dever (e não um direito) e é relativa (e não absoluta)**. Estes deveres que fazem parte do direito real complexo, são as chamadas **obrigações reais** ou *propter rem*.

- **Deveres negativos são obrigações reais?**

Existem algumas **clivagens doutrinárias** sobre o que são estas obrigações reais. O exemplo do condomínio a que fizemos anteriormente referência é pacífico, mas há este tema inclui também **deveres negativos**, que **são proibições e não obrigações** que causam polémica. Exemplo: proibição de construção de uma vedação na propriedade. Há quem defenda que obrigações reais são só as primeiras, as positivas, dizendo que estes deveres negativos não devem ser incluídos nas obrigações reais.

- **As obrigações reais são ambulatórias?**

Outro problema de interpretação das obrigações reais é passa por saber se são ou não ambulatórias, isto é, se são ou não transmissíveis. **O que está em causa é perceber se estas obrigações se transmitem com a transferência do direito real.**

O caso concreto mais frequente é o do condómino que não paga o condomínio e fica com uma dívida acumulada de 5 mil euros. Se ele vender a sua propriedade, quem tem de pagar a dívida? O antigo proprietário ou o novo? Este segundo pode ser surpreendido com mais 5 mil a pagar? Sabendo que o devedor é o antigo proprietário, importa apurar se a dívida se vai transmitir. **A lei não resolve este problema.** Contudo, há uma querela onde a posição maioritária defende que as dívidas ficam com o antigo proprietário.

Imaginemos um outro exemplo onde o antigo proprietário tinha feito obras incluindo uma marquise horrível que afeta a linha arquitetónica de todo o edifício. Como vamos ver mais tarde, há uma obrigação *propter rem* de desfazer as obras caso se altere a linha arquitetónica. Neste caso quem é que deve esta obrigação? Aqui já não é o antigo proprietário a ir lá reverter as obras, mas será o próprio condomínio a exigir ao novo proprietário que o faça.

O **Professor Henrique Mesquita** conclui que são **ambulatórias as prestações de facere**, ou seja, que a imponham atos materiais sobre as coisas, como obras. **Todas as restantes, incluindo as obrigações pecuniárias, não são ambulatórias.**

Por seu lado, o **Professor Rui Pinto Duarte** tem outra perspetiva, até mais simples para resolver a querela. Considera que são **ambulatórias as obrigações cujo cumprimento implique a titularidade do direito real**, como é o caso, por exemplo, da obrigação de um condómino de destruir obras ilícitas, e que são tendencialmente **não ambulatórias aquelas cujo cumprimento não implique essa titularidade**, como é o caso da obrigação dos condóminos de contribuírem para as despesas necessárias à conservação e à fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento dos serviços de interesse comum.

→ Ónus real

É uma **situação jurídica real em que uma coisa responde por uma obrigação, mesmo após a transmissão dessa coisa**. Um exemplo pode ser o imposto municipal sobre imóveis (IMI) que qualquer proprietário tem de pagar.

Se um proprietário faltar durante dois anos com o IMI e depois vender a propriedade a outro sujeito que tem todos os seus impostos em dia, quem é o titular da dívida tributária? É o proprietário inicial. Não transmissão automática da dívida, esta não é ambulatoria. Neste caso nem é discutível. O titular passivo da dívida é o proprietário inicial e o Estado é o titular ativo.

A questão aqui é que esta dívida fiscal goza de privilégio. Significa isto que o Estado pode executar o imóvel para garantir a satisfação do seu crédito. Como titular ativo, tem uma garantia, um direito real de garantia, sobre a coisa que pode exercer mesmo após a transmissão dessa coisa. Isto significa que **o novo titular sentirá a necessidade de cumprir a obrigação que não é sua, sob o risco de ficar sem o imóvel caso não o faça**. É um ónus já que ele vai pagar para evitar a desvantagem de perder a propriedade.

Direitos reais c. Direitos de crédito

Esta é uma divisão fundamental concebida pela pandectista alemã. A distinção de um direito real face a um direito de crédito depende da conceção de direito real que seguirmos. Se adotarmos uma conceção realista em que destacamos o poder sobre a coisa, teremos tendência em distingui-los em função dessa perspectiva. Se pelo contrário adotarmos uma corrente personalista, e tivermos tendência em caracterizar o direito real pela oponibilidade *erga omnes* é nessa característica que nos iremos focar. Já se for via uma **conceção eclética**, fazemos ambas as distinções. É a partir desta terceira que devemos seguir.

A primeira faceta da distinção será entre direitos reais enquanto direitos absolutos e direitos de crédito enquanto direitos relativos. A segunda é a contraposição entre **poderes imediatos e poderes mediatos**. Nos direitos reais há uma relação direta com a coisa, um **acesso direto à coisa**, enquanto que nos direitos de crédito não temos acesso à coisa sem a mediação ou colaboração de outra pessoa, ou seja, temos **acesso à coisa mediante outra pessoa**.

Como já foi aqui referido, predomina a conceção eclética, numa visão mais ampla, que abrange o lado interno e o lado externo do direito real. De acordo com esta conceção, a distinção é feita mediante duas linhas de orientação:

- **Contraposição entre poderes mediatos e poderes imediatos;**
- **Oponibilidade do direito: relativa ou absoluta (*erga omnes*).**

Há uma minoria que adota a ideia de que os direitos reais também têm uma natureza obrigacional com o argumento de que o grande elemento dos direitos reais é ser oponível *erga omnes*, devendo ser respeitado por todas as outras pessoas. Se este for o aspeto realçado, dá a ideia de que o direito real é um direito de crédito perante a generalidade humanidade como uma **obrigação universal**. Quem leva isto ao limite questiona a distinção entre direitos reais e direitos de crédito, o que é forçado.

No polo oposto, há quem defenda que como em caso de incumprimento de uma obrigação o credor pode executar os bens do devedor, temos um direito real e não de crédito, já que é um direito sobre uma coisa, a coisa que foi executada. Esta é, novamente, uma tese forçada e com menos consenso.

Posto isto, fazer esta distinção entre direitos de crédito e reais, direitos relativos e absolutos, é estrutural no pensamento jurídico. Contudo, esta distinção entre relativos e absolutos não é exaustiva já que deixa coisas de fora, caso dos direitos de personalidade ou os direitos de propriedade intelectual. Os direitos de personalidade não têm carácter patrimonial, mas são absolutos e os direitos de propriedade intelectual têm carácter patrimonial, são absolutos, mas não são corpóreos.

Importa também destacar que não se pode identificar completamente direito reais com direitos absolutos e direitos de crédito com direitos relativos. Isto porque embora nos direitos relativos tenhamos os de crédito, nos direitos absolutos cabem os reais, mas não só. Todos os direitos reais são absolutos, mas nem todos os direitos absolutos são reais, caso dos direitos de personalidade e os de propriedade intelectual.

Convém realçar que esta distinção encontra, em determinadas áreas, as chamadas zonas cinzentas, os **direitos pessoais de gozo**. Existem regimes jurídicos como o contrato de locação, o comodato ou o depósito que apesar de implicarem poderes numa relação com uma coisa, não entram nos direitos reais. O direito do arrendatário não é um direito real, é antes uma relação obrigacional. Quem arrenda uma casa, não tem poder sobre ela, tem antes um direito a estar nela.

Isto é assim porque o regime jurídico não foi traçado a régua e esquadro. Dito isto, não é menos verdade que, apesar de os direitos pessoais de gozo não serem direitos reais, implicam restrições ao poder real do proprietário. O dono da casa que foi arrendada vê a sua margem de atuação limitada pelo direito pessoal de gozo do seu inquilino. Importa só reiterar que as limitações provocadas no arrendamento se enquadram no direito das obrigações e não dos direitos reais.

- O **direito real de gozo** é um poder sobre uma coisa, um poder imanente e direto sobre essa coisa. Quase que se pode falar numa relação entre a pessoa e a coisa.
- O **direito pessoal de gozo** não é um poder sobre uma coisa, mas um direito a exigir de alguém que disponibilize o uso da coisa. Aplicando ao exemplo do arrendamento, é o direito de o arrendatário exigir ao proprietário que lhe permita viver na casa arrendada.

Este regime jurídico dos direitos pessoais de gozo surgiu na Roma antiga. Os romanos não tinham uma conceção de direitos pessoais como nós temos hoje, não havia uma discussão abstrata conceptual sobre os direitos das pessoas. O raciocínio romano era extremamente processual, distinguindo-se apenas as ações relativas a coisas das ações relativas a pessoas. A estruturação dos regimes jurídicos que hoje temos remonta exatamente a esse período: as ações relativas a coisas estão na origem dos direitos de propriedade e as ações relativas a pessoas estão na origem dos direitos de crédito, incluindo a locação já que é uma relação entre o arrendatário e o senhorio.

De acordo com o **artigo 1031º** sobre as obrigações do locador, este tem de entregar ao locatário a coisa locada e assegurar-lhe o gozo desta. Ora, isto vem ao encontro da ideia que estávamos a evidenciar: em vez de dizer que o locatário tem direito à coisa, a disposição diz antes que é o locador que tem de lhe assegurar o gozo da coisa. Não é uma relação imediata, é preciso o locador para fazer a mediação entre locatário e coisa.

Contudo, o **artigo 1037º nº2** acrescenta que se locatário for privado da coisa ou perturbado no exercício dos seus direitos pode usar, mesmo contra o locador, dos meios facultados ao possuidor. Isto significa que em caso de ação direta, em que o locatário pode atuar diretamente em defesa dos seus direitos, já será semelhante a um direito real em que há poder direto sobre a coisa. Daí que se fale num regime bipolar.

Há que realçar que estas zonas cinzentas existem, mas não devem afetar a distinção estrutural e essencial que tem de ser feita entre os direitos de crédito e os direitos reais.

CARACTERÍSTICAS COMUNS E PRINCÍPIOS FORMAIS DOS DIREITOS REAIS

Estas podem ser entendidas como princípios formais e caracterizadores dos direitos reais, com ênfase na ideia que estes princípios são formais e não materiais.

→ Oponibilidade *erga omnes*

Corresponde ao tal **caráter absoluto** que temos vindo a destacar. Este é talvez o princípio formal que nos permite perceber verdadeiramente o que é um direito real, apesar de, como vimos, não é exclusivo destes direitos. Os direitos reais são absolutos e podem ser opostos pelo seu titular a todo e qualquer terceiro.

→ Sequela

É o **poder de seguir a coisa**, independentemente de todas as vicissitudes materiais. Isto significa que se me roubarem o carro, eu posso segui-lo onde quer que esteja. Isto só se verifica nos direitos reais já que um credor obrigacional não tem sequela, isto é, não tem o poder de seguir a coisa, apenas tem o direito à prestação, conduta humana.

Esta característica pode ser vista como o corolário da oponibilidade *erga omnes*, já que é uma ideia que decorre do carácter absoluto do direito real que vai valer sempre, em qualquer lugar contra qualquer pessoa.

→ Publicidade

Esta característica baseia-se no facto de a existência do direito real ser ostensiva e facilmente cognoscível. Os direitos reais são publicitados mediante o **registo** e a **posse**. O registo é feito através de bases de dados de interesse público que contêm a titularidade dos bens. Normalmente só são sujeitos a registo os bens imóveis, as embarcações, as aeronaves e os automóveis.

Como a generalidade dos bens móveis não está sujeita a registo, é a detenção da coisa que sinaliza a propriedade. Por outras palavras, **é a posse que publicita a titularidade dos direitos reais sobre bens móveis**. É a exposição do quadro na minha parede ou o facto de ter o relógio no meu pulso que demonstra que esses bens são meus.

Porque é que se fala em publicidade dos direitos reais? Se queremos oponibilidade *erga omnes*, então temos de publicitar. Tem de ser possível que a generalidade das pessoas identifique os bens como sendo meus, para que os respeite como tal. Existe uma correlação necessária entre o princípio da publicidade e a oponibilidade *erga omnes*.

Os regimes de **registo só ocorrem sobre bens mais valiosos** e só em sociedades mais evoluídas, pelo que são uma prática recente. O registo imóvel no **registo predial** está associado ao crédito financeiro e à hipoteca. Nas sociedades pré-industriais não havia registo predial e a propriedade era dada a conhecer apenas pela posse. É difícil no mundo moderno que a posse constitua um mecanismo de publicidade dos direitos reais, já que, ao contrário do que se passa nas pequenas aldeias onde tudo e todos são conhecidos e facilmente se sabe quem é dono do quê, numa sociedade evoluída em cidades, a maior parte das vezes nem sabemos quem é o nosso vizinho, daí que o registo seja a melhor opção para uma forma efetiva de publicidade de direitos reais.

No regime financeiro dos países menos desenvolvidos não há registos. Ora, isto é bastante problemático porque sem registo, não existem verdadeiras hipotecas e os créditos bancários não são seguros. Significa isto que o banco não tem uma garantia real para poder executar caso seja necessário.

→ **Tipicidade ou taxatividade**

Os direitos reais são um **elenco fechado**, um *numerus clausus*. Significa isto que estão já estipulados quais os direitos reais possíveis, sendo impossível criar direitos absolutos ilimitadamente. Isto traduz-se, na prática, numa restrição da autonomia privada e da liberdade de estipulação, prevista no **artigo 405º**. Assim sendo, a liberdade de estipulação prevista por esta disposição, apenas vale para o direito obrigacional devido ao princípio da tipicidade dos direitos reais, consagrado no **artigo 1306º nº1**.

Esta característica é também um corolário da oponibilidade *erga omnes*. Se vou criar um direito que é absoluto e oponível a toda a gente, então tem de estar limitado a certas e determinadas regras. Se assim não fosse, poríamos em causa a segurança jurídica.

→ **Elasticidade ou consolidação**

Segundo o professor Rui Pinto Duarte, esta característica consiste em os direitos reais tenderem a abranger o máximo de utilidades que abstratamente podem propiciar; os direitos reais tenderiam a expandir-se até ao máximo de faculdades que abstratamente podem comportar.

Os direitos reais são direitos complexos, **situações jurídicas complexas que se podem decompor em diversas situações jurídicas analíticas**. Podemos dizer que o proprietário pode hipotecar, fruir, alienar entre outros direitos. São **situações reais** que se enquadram numa situação mais complexa.

Os direitos reais são **situações elásticas** porque a constituição de direitos reais menores faz com que o direito real se contraia e se esses direitos reais menores desaparecerem, o direito real vai-se expandir. Os direitos reais menores limitam o direito de propriedade, dito direito real máximo.

Isto significa que se arrendar a minha casa, vou ver o meu direito de propriedade limitado, e se deixar de arrendar, ele vai voltar às suas configurações iniciais. Esta característica é mais visível no direito real máximo, direito de propriedade, mas também pode ocorrer nos direitos reais menores, já que o usufruto, por exemplo, pode ser limitado pela servidão ou pela hipoteca.

→ **Especialidade ou individualização**

Esta característica diz-nos que **os direitos reais incidem sobre coisas certas e individualizadas** e não sobre coisas genéricas ou incertas. A propriedade incide sobre um bem concreto, um a um, e não sobre a generalidade de bens de uma pessoa. Se quisermos constituir um direito real de garantia temos de fazê-lo sobre coisas certas, sobre o meu carro ou sobre a minha casa e não sobre os meus bens em abstrato.

Prova desta característica é o uso de expressões como “**certa coisa móvel**” ou “**certas coisas imóveis**” nas normas sobre o penhor (**artigo 666º**) e sobre a hipoteca (**artigo 686º**) respetivamente.

→ **Imediação**

A ideia de **imediação** significa que há um **poder material e jurídico de aceder direta e imediatamente à coisa**. Esta é a característica que mais evidencia o lado interno dos direitos reais (ideia de uma relação com a coisa). Prevalece sobretudo nos direitos reais de gozo, já que nos de garantia e aquisição acaba por não ter o mesmo significado.

→ **Atualidade**

A característica da **atualidade** significa **que não podem existir direitos reais sobre coisas futuras**, juridicamente futuras, mas apenas sobre o seu estatuto jurídico atual. Isto significa que posso, por exemplo, vender uma fração autónoma de um prédio que ainda não está construído desde que já exista um documento que autonomize essa fração, mas, pelo contrário, não posso vender um apartamento que já existe fisicamente, mas não juridicamente.

Com a constituição da propriedade horizontal, deixamos de ter um único imóvel para passar a ter X frações autónomas. Num primeiro momento era apenas uma coisa, um prédio, mas no segundo momento passam a ser X coisas, número de frações autónomas. Antes de se alterar o estatuto jurídico do prédio não se pode vender as frações, isto é, não se podem constituir direitos reais sobre frações que ainda não existem juridicamente, apesar de já existirem fisicamente.

→ **Compatibilidade ou exclusão**

Esta característica diz-nos que apenas é possível constituir mais do que um direito real sobre a mesma coisa se se tratarem de direitos compatíveis. Podemos ter um direito de propriedade e um direito de usufruto sobre a mesma coisa, mas não podemos ter dois direitos de propriedade sobre a mesma coisa.

→ **Prevalência**

É o poder de impor o direito a quem não tenha um direito anterior incompatível. Se há duas hipotecas, vai prevalecer a mais antiga sobre a mais recente, por exemplo.

Este critério é fundamental na resolução de conflitos entre direitos reais equivalentes. São os chamados critérios de prevalência que iremos analisar mais à frente no âmbito dos direitos reais de garantia.

→ Consensualidade

Significa a **transmissão dos direitos reais opera por efeito automático do negócio jurídico**. Esta ideia encontra-se no **artigo 408º nº1**, e é também conhecida pela denominação de eficácia real automática. Isto regra geral, mas podemos ter exceções.

Esta noção de consensualidade tem como contraponto os casos em que a propriedade e os direitos reais não se transmitem por mero contrato, mas por atos posteriores como o registo ou a entrega da coisa (*traditio*).

Na transmissão de um direito real é possível identificar dois momentos essenciais: o **título** que acomoda o momento do negócio jurídico (contrato) e o **modo** que corresponde ao registo, quando for caso disso, ou à entrega da coisa (*traditio*). Este último é o da publicidade.

Existem sistemas do título e sistemas do modo, mas também são possíveis sistemas mistos. No caso português, temos o **artigo 408º nº1** que consagra o sistema puro de título, contudo há exceções que incluem regimes especiais. Apesar de o sistema ser, segundo a lei, de título, parte da doutrina defende que quando o tema são bens sujeitos a registo, o sistema é misto (de título e de modo). O professor inclui-se nesta corrente.

Legislação sobre os direitos reais

Em matéria de direitos reais, vamos olhar sobretudo para o **livro III**, apesar de os direitos reais de garantia estarem no **livro II**, das obrigações. No **livro I**, parte geral, temos a caracterização das coisas, também importante aos direitos reais.

Em termos de legislação avulsa, temos o **código do registo predial**, que é essencial, o **regime especial do penhor**, **regime de habitação periódica**, entre muitos outros. No **livro III**, não encontramos uma caracterização geral dos direitos reais, mais precisamente uma teorização sobre o direito das coisas. Isto é prova de que este regime civilístico é muito menos sofisticado que o das obrigações.

DIREITOS REAIS DE GOZO

É tradicional abordar separadamente os direitos reais de gozo, direitos reais de garantia e direitos reais de aquisição. Para recapitular, e de acordo com o que nos diz o professor Rui Pinto Duarte, nos direitos reais de gozo as coisas objeto dos direitos são afetadas à retirada de utilidades pelos seus titulares, seja pelo seu uso, seja pela apropriação dos frutos por elas produzidos. O esquema do estudo deste tema será:

- Direito de propriedade
 - Regras que valem para a propriedade sobre todo o tipo de coisas
 - Regras que valem para apenas alguns bens (móveis, imóveis e águas)
- Direitos reais de gozo menores

Direito de propriedade

O direito real de propriedade é, enquanto noção jurídica, uma palavra polissémica que pode assumir três ou quatro sentidos possíveis. Podemos falar em direito de propriedade como sendo um **tipo de direito real**, (“Sou proprietária de um prédio”, um **objeto de um direito real** (“A minha propriedade”) ou correspondendo a um **qualquer direito real de gozo**. Esta última acessão é menos frequente, mas surge quando se diz “tenho propriedade sobre o bem” quando na realidade se tem apenas o usufruto, por exemplo. É a ideia de usar a expressão direito de propriedade para simplificar a linguagem, sendo usada no lugar de direitos com eficácia real.

É possível identificar um quarto sentido específico que apenas é usado no âmbito constitucional. Em sentido constitucional, propriedade significa **apropriação privada de valor económico** e abrange todos os direitos reais. Esta definição, presente no **artigo 62º CRP** abarca todos os direitos reais, a propriedade cooperativa e qualquer outro direito com conteúdo patrimonial. É um conceito extremamente amplo que extravasa completamente o conceito de direito real que nos interessa. Vamos centrar a nossa atenção no **direito de propriedade como tipo de direito real**.

Definir propriedade é muito difícil e o **artigo 1305º** tenta fazer uma aproximação ao conceito através de ideias como exclusividade, plenitude e uma classificação tripartida entre uso, fruição e disposição. Ora, não temos aqui uma verdadeira definição do direito de propriedade. Isto porque as definições, regra geral, acabam por limitar a figura e se todas as características apontadas pela definição não se verificarem na situação concreta, então não poderá ser encaixada no conceito definido. O que este artigo nos fornece é antes um **conjunto de características não limitativas deste regime jurídico**.

A **definição clássica** de direito de propriedade é **domínio ilimitado e exclusivo sobre uma coisa**. A ideia de ‘domínio’ convoca o lado interno, a palavra ‘exclusivo’ convoca o lado externo e o ‘ilimitado’ é o ponto que cresce.

Qual é o problema com esta definição? O direito de propriedade envolve sim imensos poderes, mas não é ilimitado. O proprietário tem de atuar ao abrigo de certas e determinadas legislações. Podemos dizer que **é o direito mais ilimitado, mas tem limites**. Por outras palavras, é o direito máximo entre dos limites.

Características do direito de propriedade

Não é fácil definir, mas é viável apontar as características que só este direito tem:

- Plenitude
- Elasticidade
- Perpetuidade
- Transmissibilidade

→ Plenitude

O direito de propriedade tende a abranger todos os poderes que podem existir sobre uma coisa, todos os poderes com carácter real. Por serem *todos*, torna-se difícil de elencar. Numa enunciação clássica, o **artigo 1305º** enumera: gozo, fruição e disposição das coisas objeto do direito de propriedade.

No entanto, esta plenitude é **meramente tendencial** porque, como o próprio artigo indica, há limites e restrições aos poderes compreendidos no direito de propriedade.

→ Elasticidade

A característica da elasticidade a que já fizemos referência anteriormente, é mais visível no direito de propriedade, sendo este o direito real mais elástico de todos: tende a expandir-se até ao máximo das faculdades e poderes que pode conter.

→ Perpetuidade

Em princípio, o direito de propriedade é eterno, perpétuo, não tem prazo, não cessa pelo decurso do tempo. O **artigo 298º nº3** diz que este direito real não prescreve, mas pode extinguir-se pelo não uso nos casos especificamente previstos pela lei. Aliado a esta ideia está o espírito do **artigo 1307º nº2** que tende a limitar a ideia de propriedade temporária.

→ Transmissibilidade

Regra geral, o direito de propriedade não se extingue, é antes transmitido a outra pessoa. É de notar que a transmissibilidade não é uma característica de todos os direitos reais, diz respeito à maioria, mas não a todos.

A possibilidade de transmissão abrange a generalidade dos direitos privados patrimoniais, sejam eles obrigacionais ou reais; tendo em vista a sua importância, não é, porém, excessivo sublinhá-la, referindo-a como característica do direito de propriedade. Acresce que existem direitos reais intransmissíveis, como é o caso do direito de uso e habitação do **artigo 1488º**.

Modos de aquisição do direito de propriedade

O **artigo 1316º** elenca como modos de aquisição do direito de propriedade o **contrato**, a **sucessão por morte**, a **usucapião**, a **ocupação** e **accessão**. Sobre contrato e sucessão *mortis causa* não vamos dizer muito, visto que estes regimes são estudados nas respetivas cadeiras. No que toca à usucapião, aquisição da propriedade que resulta da manutenção da posse por um certo período de tempo, estudaremos posteriormente.

→ Ocupação ou Achamento

A ocupação e achamento, como nos diz o professor Rui Pinto Duarte, consiste na apropriação de uma coisa sem dono ou, por outras palavras, é a **aquisição resultante da apreensão material da coisa sem dono com a intenção de a adquirir**. Coisas sem dono são aquelas que nunca tiveram dono ou foram abandonadas, já que o abandono é uma forma de extinção do direito de propriedade.

Nos termos do regime jurídico atual, **artigos 1318º e 1345º**, **só as coisas móveis e não as imóveis** podem ser ocupadas ou adquiridas por ocupação. Aqui incluem-se os animais como coisas móveis passíveis de ocupação. Se se tratar de uma coisa imóvel sem dono conhecido, esta será considerada património do Estado. Desta forma, este é um **limite ao regime da ocupação**.

A acrescentar que existem regras especiais sobre animais selvagens, enxames de abelhas, tesouros que são descobertos, entre outros. Estas regras estabelecem, além da aquisição, direitos de restituição, publicidade, entre outros.

→ **Acessão**

Este regime vem previsto no **artigo 1325º e seguintes**. A acessão é a **aquisição de propriedade por incorporação de coisa pertencente a terceiro em coisa própria**. Os requisitos da acessão são assim dois: a incorporação de uma coisa noutra e a diversidade de titulares das coisas unidas.

A acessão pode ser **natural** ou **industrial**. A primeira é quando a incorporação resulta de fenómenos naturais, enquanto que a segunda resulta de factos humanos. Um possível exemplo de acessão industrial é a construção de um edifício com pedras de outra pessoa. Casos de acessão natural podem ser cheias que arrastarem terras e areias de um terreno para outro.

A acessão distingue-se ainda entre a **mobiliária** e a **imobiliária**, consoante incida sobre bens móveis ou envolva bens imóveis.

Convém acrescentar que existem determinados fenómenos como a **especificação** que, mesmo contendo situações semelhantes, não são, em rigor, acessão e têm regras de conteúdo distinto.

Modos de extinção da propriedade

Os modos que vamos tratar são de extinção absoluta da propriedade: a **perda da coisa** e a **renúncia**. O nosso estudo não inclui a extinção derivada, a transmissão para outrem, mas sim as situações que provocam a extinção do direito de propriedade para um qualquer proprietário.

→ **Perda da coisa**

A **perda da coisa** é entendida como o **perecimento físico da coisa**. Por outras palavras, é quando a coisa desaparece, destrói-se. Sou proprietária de uma maçã que vai deixar de existir quando eu a comer, logo o meu direito sobre ela vai extinguir-se.

Por seu lado, no caso do **abandono**, que vem referido nos **artigos 1318º e 1397º**, a extinção é diferente, já que a coisa não se perde (no sentido de desaparecer), podendo vir a ser ocupada posteriormente por outra pessoa. A segunda disposição diz respeito à possibilidade de abandono de águas.

→ **Renúncia**

A **renúncia** é um **negócio jurídico unilateral de extinção de um direito** que pode ser ou não um direito real. Este instituto opera em vários ramos. O **abandono** acaba por ser uma modalidade de renúncia, mas sem texto, é apenas um comportamento. É um caso de abandono quando atiramos alguma coisa para o lixo.

A renúncia pode ser **abdicativa** ou **liberatória**. A segunda é um modo de libertação de um dever jurídico: há uma renúncia ao direito para não ter de cumprir o dever. Por sua vez, em contraponto, a renúncia abdicativa é a mera renúncia a um direito sem mais.

Existe uma **querela doutrinária** acerca da admissibilidade da **renúncia abdicativa no que toca aos prédios**, ou seja, se podemos renunciar a propriedade de um imóvel. Há quem diga que isso não é possível dado que os imóveis converter-se-iam em *res nullius*, mas não, passam a pertencer ao Estado por força do já referido **artigo 1345º**.

Modos de transmissão do direito de propriedade

A transmissão de propriedade pode ocorrer por *mortis causa*, por modo sucessório, ou entre vivos. Quanto a esta segunda, são possíveis os tais três paradigmas de transmissão da propriedade: sistema do título, sistema do modo e sistema misto.

→ Sistema do título

No sistema do título, **o efeito transmissivo resulta automaticamente do negócio jurídico**. Por outras palavras, o efeito transmissivo resulta meramente do contrato que serve de base à operação económica em causa. No momento da perfeição negocial, conclusão do negócio jurídico, dá-se o efeito jurídico de transmissão do direito real.

Exemplos em que o efeito jurídico real é automático do contrato podem ser a compra e venda, a permuta ou a doação. Na compra e venda temos o **efeito real**, transmissão da propriedade, e **efeitos obrigacionais** que são o dever jurídico de entrega da coisa e o dever de pagamento do preço.

→ Sistema do modo

No sistema do modo, **o efeito transmissivo resulta de um ato autónomo do contrato**. Este ato autónomo pode ser uma de duas coisas: a inscrição no registo predial ou a entrega da coisa, *traditio*.

→ Sistema misto (de título e de modo)

No sistema misto, **o efeito transmissivo da propriedade resulta da conjugação do contrato que serve de base à operação económica em causa com um outro ato autónomo**. Neste sistema, ambos os atos são relevantes para a transmissão do direito de propriedade. No momento do negócio passa a haver domínio sobre a coisa, mas só com a *traditio* ou com o registo é que passa a ser oponível *erga omnes*.

Como já referimos anteriormente, o **nosso código civil consagra o sistema de título**, o que é inequívoco quando estão em causa coisas móveis, mas já não valerá quando falamos de bens imóveis em relação aos quais as regras do registo baralham as coisas. **Por conjugação das regras do código civil com as regras do código predial, conseguimos notar a existência de um sistema misto** (de título e de modo). Contudo, continua a haver parte da doutrina que defende que vale sempre o sistema do título.

As disposições do código civil que nos levam para o sistema de título são o **artigo 408º nº1** onde se lê que “a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato” e o **artigo 879º alínea a)** que identifica a transmissão de propriedade da coisa como efeito da compra e venda. Se bem que para coisas valiosas isto não é assim tão simples.

Porém, o nº2 do **artigo 408º** introduz **exceções** ao anterior fazendo referência a coisas futuras ou indeterminadas. Também a **hipoteca**, prevista no **artigo 687º**, constitui uma exceção já que o negócio hipotecário não produz efeitos mesmo em relação às partes enquanto não ocorrer o registo. Assim sendo, na hipoteca há um sistema puro do modo e não do título ou misto já que quer os efeitos internos quer os efeitos externos só surgem no momento do registo.

Como veremos, a hipoteca é a garantia real paradigmática dos imóveis. A figura equivalente para os bens móveis é o penhor. Sobre o **penhor, artigo 669º**, o mesmo se diz, já que, apesar de não haver registo, é exigida a entrega da coisa (*traditio*) para produzir os efeitos do penhor, valendo mais uma vez um sistema do modo.

Resta referir o caso das **ações de valores mobiliários** que são atualmente a fonte da maior parte da riqueza. Este género de direitos são objeto de registo junto de intermediários financeiros, nomeadamente dos bancos. Quando há esse registo, a transmissão dessas ações vai ser também ela através do sistema do modo.

→ **Aquisições *a non domino***

Temos uma aquisição *a non domino* se houver uma **transmissão inter vivos de bens móveis quando o transmitente não é o proprietário**. Tal como nos diz o professor Rui Pinto Duarte, há, na verdade, situações em que se determinam transmissões de propriedade inter vivos por força de atos praticados por quem não é o dono da coisa.

São os casos em que alguém que aparenta ser proprietário (embora não o seja) de um bem móvel e um terceiro adquire, ou aparenta adquirir, uma coisa a esse proprietário aparente. Será o caso do B que furta ao A um bem que vende ao C.

Por tradição francesa vigora, em diversos ordenamentos, a regra de que esta venda de bens móveis por um não proprietário, mas mero possuidor, é eficaz. Isto por razões de segurança jurídica para o comprador C que confiou naquela situação de publicidade do possuidor B. Contudo, em Portugal não funciona assim. Em Portugal, este caso seria considerado uma **venda de bens alheios que é nula, do ponto de vista obrigacional. No nosso ordenamento, só há transmissão de propriedade eficaz se for pelo proprietário**.

Entra aqui a questão da **tutela da aparência** que é uma sub hipótese da tutela da confiança. É esta a razão por trás da regra seguida pelos franceses de que em casos de bens móveis a posse valha título e a propriedade passe de B para C.

Compropriedade

A compropriedade, prevista no **artigo 1403º**, é a **situação de titularidade plural do direito de propriedade sobre uma mesma coisa**. A regra mais importante deste regime vem no **artigo 1408º nº1**, onde se lê que os comproprietários não têm direito a uma parte concreta do bem, mas um direito ao todo do bem. Essa situação dá a cada comproprietário faculdades sobre a coisa no seu todo.

Os direitos dos comproprietários, como diz o **artigo 1403º nº2**, são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes. Na falta de indicação, manda o mesmo preceito legal presumir que as quotas são quantitativamente iguais.

No mundo rural é frequente falar em “avos”, dizer que se tem um terreno em “avos”, frações. Nestes casos normalmente não há divisões jurídicas do prédio, mas fazem-se divisões materiais e os titulares comportam-se como proprietários exclusivos de uma parte do terreno. Contudo, do ponto de vista jurídico, não há qualquer proprietário exclusivo, são todos comproprietários da globalidade do prédio.

→ Principais aspetos do regime da compropriedade

Quando há um prédio sob o regime de compropriedade é preciso, em primeiro lugar, operar a uma regulação sobre o **uso da coisa comum** que pode ser algo falado, consensual, mas podem ser também documentos escritos. O **artigo 1406º** estabelece que **na falta de regulação, a regra é de que qualquer um pode usar o bem desde que não prive os outros contitulares de uso semelhante e não empregue a coisa para fim diferente daquele a que a coisa se destina**. “Fim diferente” no sentido de que se se tratar de um terreno, o contitular não pode sozinho construir uma edificação, ou se for uma casa, não pode transformar numa mercearia.

Os comproprietários têm a **obrigação de participar nas benfeitorias necessárias**, tal como previsto pelo **artigo 1411º**. Essa participação é **proporcional às quotas** que cada um tem do bem. Consideram-se benfeitorias necessárias aquelas que forem **indispensáveis para a conservação ou fruição da coisa comum**.

Sobre a **administração da coisa comum**, resulta do **artigo 1407º** e das suas remissões que, salvo acordo em contrário, há **igual poder de administração por todos os comproprietários. Em caso de divergência, há um processo deliberativo e delibera-se por dupla maioria: maioria de comproprietários e maioria de quotas**. Significa isto que só se consideram tomadas as deliberações que mereçam o voto de metade dos comproprietários, titulares de, pelo menos, metade do valor total das quotas.

Imaginemos um caso em que A, B e C são comproprietários e têm de quotas 80, 10, 10 respetivamente. Esta regra da dupla maioria significa que apesar de o A ter sozinho a maioria de quotas, vai precisar de se aliar a um dos outros para obter a maioria dos comproprietários. Do lado oposto, mesmo que o A e o B se unam para formar maioria de comproprietários, precisam do C para que haja uma maioria de quotas.

No regime da compropriedade vigora o **direito à divisão**, previsto nos **artigos 1412º e 1413º**. Nenhum comproprietário é obrigado a sê-lo para sempre, tem um direito potestativo à divisão. Potestativo porque basta um exigir, para que o bem seja dividido.

Contudo, é possível convencionar a indivisão por um período máximo de cinco anos. Se for esse o caso, isto significa que durante cinco anos nenhum comproprietário pode exigir a divisão. É de realçar que divisão aqui não é um fracionamento jurídico do prédio, mas da compropriedade. **O direito à divisão é o direito potestativo de extinguir a compropriedade** e é uma característica distintiva relativamente a outras formas de contitularidade onde não é possível operar a divisão.

Resta falar sobre **a alienação ou disposição da quota** regulada nos **artigos 1408º, 1409º e 1410º**. Já aqui foi dito que um comproprietário não pode vender uma parte concreta do bem, contudo pode vender a sua quota, isto é, o direito que está na sua esfera jurídica. Se A e B são comproprietários, A pode vender a sua quota do bem ao C.

Nesse caso surge o **direito de preferência**, previsto no **artigo 1409º**, que corresponde ao direito potestativo de o outro comproprietário, no caso B, se fazer substituir ao terceiro que ia comprar a quota, nomeadamente o C. Este é o direito real de preferência com eficácia *erga omnes*.

Outras situações de contitularidade de direitos distintas da compropriedade

Existem várias outras formas de contitularidade de direitos, nomeadamente:

- **Contitularidade de créditos, artigo 512º e ss.** Vários créditos que têm vários contitulares.
- **Comunhão conjugal, artigo 1721º e ss.** A ideia de que os cônjuges têm um património que é comum. Esse património comum engloba não só situações jurídicas ativas como passivas, incluindo dívidas, deveres jurídicos. Esta forma de contitularidade é estudada em direito das pessoas e da família.
- **Comunhão hereditária, artigoº 2079º e ss.** É uma contitularidade entre herdeiros. Desde a abertura da sucessão até à partilha, há um momento cinzento em que o património do falecido já não lhe pertence, mas também não foi dividido ainda. Também engloba situações jurídicas ativas e passivas.
- **Comunhão societária, artigo 1980º e ss.** Ao contrário das sociedades comerciais, as sociedades civis reguladas pelo código civil não têm personalidade jurídica. Assim sendo, o património da sociedade pertence aos sócios em comunhão. Algo semelhante à comunhão hereditária ou conjugal.
- **Baldios.** esta contitularidade já diz respeito aos direitos reais. São terrenos possuídos e geridos por comunidades locais, geralmente para atividades agrícolas ou pecuárias. Estes terrenos não têm, no fundo, um proprietário e costumam ficar à guarda da câmara municipal ou junta de freguesia. Acaba por ser uma das formas mais antigas e tradicionais de contitularidade.

Há um traço distintivo muito importante entre a compropriedade e as demais situações de contitularidade, com exceção da contitularidade de créditos. Enquanto que as demais situações que agora vimos geram património autónomo, na compropriedade e na contitularidade de créditos não há esse gerar de património. **Património autónomos** são conjuntos de situações jurídicas ativas e passivas afetas a uma finalidade especial. Por vezes, são também designados na teoria do direito, **patrimónios de afetação**, afetação a um fim especial.

Há na filosofia e na sociologia uma distinção que é feita pelo alemão *Tonnies* que realçou a ideia de comunidade gregária. Nas comunidades gregárias há um fim superior que se sobrepõe à atuação das pessoas, ao contrário de outras formas de convívio social onde prevalecem os interesses egoísticos das pessoas. Esta ideia da comunidade gregária permite-nos compreender melhor o regime de comunhão e a ideia de património autónomo. Por seu lado, a contitularidade de créditos e a compropriedade são meras **situações jurídicas ativas isoladas**.

Na compropriedade e na contitularidade de créditos, não há um interesse superior, mas nas outras formas de contitularidade há uma partilha de património com uma finalidade que a transcende. No caso da comunhão conjugal, a finalidade é a vida familiar ou conjugal; no caso da comunhão hereditária é a partilha do acervo no contexto familiar; já os baldios são um meio para promover a vida em comunidade.

Este enquadramento ajuda-nos a compreender o regime jurídico da compropriedade, visto que o direito à divisão é permanente e podemos acabar com a compropriedade quando quisermos, nos termos do **artigo 1412º** sobre o direito à divisão. Não há a tal finalidade comum superior aos interesses egoísticos de cada comproprietário. Já na comunhão conjugal, que se pretende permanente, isto não acontece. Para que possa haver divisão de bens há que haver o divórcio primeiro.

As situações em que existe um património autónomo são de fronteira entre as situações de mera contitularidade e aquelas em que se constitui uma pessoa jurídica autónoma, como é o caso das sociedades comerciais. Isto passa-se de forma evolutiva quando a lei dá um salto e do património passamos a ter uma pessoa coletiva distinta.

Temos situações de contitularidade simples ou romântica, depois temos uma comunhão germânica com um património autónomo e uma finalidade superior e por fim, para lá de um património autónomo passamos a ter uma pessoa coletiva autónoma, exemplo disso é a Igreja. Inicialmente tínhamos um conjunto de pessoas que prosseguia um interesse comum. Para atingir essa finalidade comum passou a ter um património. Mais tarde, entendeu-se que esses bens que eram geridos por essas pessoas passavam a ser uma pessoa coletiva com o seu próprio património.

Contudo, a compropriedade é, no direito português, a forma paradigmática da comunhão de direitos. Já que a lei não contém regras sobre a contitularidade de direitos em geral, manda aplicar subsidiariamente e com as necessárias adaptações as regras da contitularidade à comunhão de quaisquer direitos, quer sejam reais, obrigacionais ou outros. Esta regra retira-se do **artigo 1404º**.

→ **Discussão doutrinária sobre a construção jurídica da compropriedade**

Há três construções possíveis acerca da natureza jurídica da compropriedade. A posição maioritária e a que temos vindo a fazer referência é a daqueles que considera que há na compropriedade uma contitularidade de direitos ou, por outras palavras, uma titularidade plural. É esta a seguida pelo professor Caetano Nunes.

A segunda posição defende que não há um só direito partilhado, mas vários direitos sobre uma mesma coisa. Por fim, os seguidores da terceira construção falam em vários direitos não sobre a realidade bruta, mas sobre quotas ideais, intelectuais ou jurídicas sobre o mesmo objeto.

Defesa da propriedade

O regime da defesa da propriedade está previsto no **artigo 1311º e seguintes**. A primeira distinção importante a fazer é entre a **defesa judicial** e a **ação direta**. O caso paradigmático da ação direta é o da defesa da propriedade: se eu tenho um prédio e há alguém que o invade, eu posso, em ação direta, expulsá-lo da minha propriedade, como se lê no **artigo 1314º** que remete para o **artigo 336º**.

Entre os mecanismos de ação da defesa judicial, o mais importante é a **ação de reivindicação** que é, segundo o **artigo 1311º**, o direito que o proprietário tem de exigir judicialmente de qualquer possuidor ou detentor da coisa o reconhecimento do seu direito de propriedade e a consequente restituição do que lhe pertence.

Importa salvaguardar que a ação de reivindicação não é exclusiva da defesa de propriedade, tal como estabelece o **artigo 1315º**, e ainda que não é o único meio de defesa judicial, já que também são possíveis as chamadas **ações de meio declarativo**.

Nas palavras do professor Rui Pinto Duarte, a ação de reivindicação caracteriza-se, pois, pelo **pedido** (que é o de restituição da coisa) e pelo fundamento do pedido (que é a titularidade do direito de propriedade), a **causa** de pedir. Nesta distinção entre pedido e causa de pedir temos a influência da distinção entre **previsão** normativa e **estatuição**.

A **causa de pedir**, que é no fundo a previsão, tem dois elementos: a existência de um **direito de propriedade** e a **existência de um possuidor ou detentor** que está a perturbar esse direito. O **pedido**, que por sua vez corresponde à estatuição, é a **restituição** do que lhe pertence.

Em relação ao primeiro elemento da causa de pedir, **existência de um direito de propriedade**, não basta dizer que se é proprietário, é preciso fazer alusão ao facto originador desse mesmo direito. Isto de acordo com a jurisprudência dominante. Esta ideia parte da chamada **teoria da especificação** segundo a qual temos de especificar a origem dos nossos direitos de propriedade.

Esta especificação é possível de duas formas: ou através do **registo predial** já que a inscrição no registo tem um efeito presuntivo, fazendo presumir que sou o proprietário; ou posso provar a **aquisição originária** (e não derivada), o que significa, na maioria dos casos, fazer prova da usucapião, provando que preenchemos os requisitos para que seja possível vencer uma ação de reivindicação.

Expropriação, confisco, nacionalização e requisição

O **artigo 1308º** determina que “ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito de propriedade senão nos casos fixados na lei”. O **artigo 1310º** acrescenta que “havendo expropriação ou requisição de bens, é sempre devida a indemnização adequada ao proprietário e aos titulares dos outros direitos reais afetados”. O artigo é mais importante é o **artigo 62º CRP**.

Estes comandos correspondem a garantias constitucionais vulgares desde as constituições liberais e aparecem também na atual constituição, cujo **artigo 62º CRP**, estabelece que “a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”. Este artigo que regula o direito de propriedade, apesar de não estar na parte dos direitos, liberdades e garantias é de natureza análoga a estes.

O **artigo 62ºCRP** é contém várias normas. O **nº1** estabelece o lado positivo do direito de propriedade, enquanto que o **nº2** proíbe a expropriação sem base legal, sendo um conteúdo negativo ou garantístico. Assim sendo, podemos concluir que tem valor constitucional a ideia de que **a expropriação só é possível com base na lei e mediante justa indemnização**.

Antes de mais, importa distinguir o conceito de **expropriação em sentido amplo** do conceito de expropriação em sentido restrito. A primeira diz respeito a qualquer modo de privação de um direito patrimonial e dentro deste chapéu cabe a expropriação em sentido restrito, a nacionalização, a perda de um direito patrimonial em benefício do Estado associada a uma condenação penal e o confisco.

O conceito de **expropriação em sentido restrito** é um **ato administrativo que, para fim de utilidade pública, extingue um direito sobre um imóvel e constitui um direito igual para uma entidade pública**. Como sub hipótese temos a possibilidade de não extinguir o direito sobre o imóvel, mas modificá-lo por força da constituição do direito da entidade pública. Por outras palavras, é possível expropriar todo ou uma parte do imóvel, isto é, **extinguir ou limitar o direito de propriedade** sobre ele.

Exemplo de expropriação total é o do imóvel onde se vai construir uma autoestrada. Diferente será o caso onde é preciso fazer passar cabos de alta tensão num terreno. Nessa situação, há uma limitação do direito de propriedade do dono daquele imóvel e não uma expropriação total.

Por seu lado, a **nacionalização** é uma expropriação em sentido amplo que tem por objeto empresas. É o ato através do qual **uma empresa privada passa a ser pública**. Na nacionalização é retirado o direito patrimonial do privado a favor do público. Outra característica da nacionalização é ser **determinada por ato legislativo** – ao passo que a expropriação por utilidade pública resulta sempre de um ato administrativo. Daqui deriva a **inimpugnabilidade do ato de nacionalização**, em contraposição à possibilidade de impugnação contenciosa do ato de expropriação por utilidade pública. Hoje em dia é muito raro isto acontecer, mas após o 25 de abril foi um fenómeno muito frequente.

Já o **confisco** é uma expropriação em sentido amplo, sendo uma **privação de um direito patrimonial, mas com a diferença de ter carácter sancionatório**. Devido a este carácter, deixa de haver lugar a indemnização, a compensação. Assim, é inerente a essa natureza sancionatória, a **falta de compensação** ao titular do bem confiscado.

Por fim, temos a **requisição** que, ao contrário das restantes figuras, não implica a perda do direito real, mas apenas uma **privação temporária do exercício dos poderes relativos**. Entra aqui o caso de filme onde o polícia pega no carro de um cidadão comum para continuar uma perseguição. Esta figura está prevista no **artigo 1309º**.

Se olharmos para estas figuras nota-se que há uma censurabilidade quando falamos no confisco e na perda em benefício do Estado por condenação, enquanto que na nacionalização e na requisição não há qualquer culpa do privado, havendo apenas uma prevalência do interesse público.

Como nos diz o professor Rui Pinto Duarte, do ponto de vista que nos interessa, o que a expropriação, nacionalização e a requisição têm em comum é serem limitações potenciais ao direito de propriedade. Os proprietários estão sujeitos a verem os objetos dos seus direitos reais a serem expropriados, nacionalizados ou requisitados, independentemente de qualquer ato ou omissão. Nessa medida, o confisco e a perda em benefício do Estado por efeito de condenação penal não devem ser alinhados com as outras figuras referidas, pois, por definição, pressupõe um ato ou omissão do proprietário.

Aspetos específicos do direito de propriedade sobre bens imóveis

Dentro dos imóveis distinguimos dois tipos de prédios, prédios rústicos e os prédios urbanos, a partir do **artigo 204º nº2**, onde se lê que um **prédio rústico** é uma **parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica**, enquanto que o **prédio urbano** é **qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro**. Ora, esta disposição não está perfeita, apresentando dois critérios para distinguir estes dois conceitos: o **critério da autonomia económica** e o **conceito de edifício**.

Para estarmos a falar de prédio urbano, há que haver a conjugação destes dois fatores. Se tivermos lá no meio de um terreno agrícola um casebre onde vive o agricultor, não pode ser considerado um prédio urbano. É verdade que está lá um edifício, mas não é essencialmente um edifício neste sentido, dado que não possui a tal autonomia económica. Não podemos pensar também que é um prédio rústico apenas pelo facto de estar num meio rural. Pelo contrário, se tivermos um terreno para construção no meio da Avenida da República, será, na mesma, um prédio rústico.

Prédio em direito civil c. prédio em direito fiscal

Assim, **um prédio é uma parte delimitada do solo com todas as condições para que possa haver construção**, sendo esta a sua **noção civilística**. É preciso ter em atenção que esta não é a única definição de prédio relevante para o direito, dado que em termos de **direito fiscal** as coisas funcionam de maneira diferente: **qualquer prédio destinado à construção, mesmo que ainda não tenha lá nada, já é considerado prédio urbano**.

A segunda grande distinção é que neste ramo do direito existe também a **noção de prédio misto**, desconhecida do direito civil, que são aqueles que possuem tanto uma parte rústica como uma parte urbana sem que qualquer uma delas seja considerada como principal. Outra diferença importante entre a definição civilística de prédio e a definição para efeitos fiscais é que, no âmbito desta última, **mesmo os edifícios que não estejam incorporados no solo podem ser considerados prédios urbanos**, desde que a sua atividade esteja virada para a permanência, como é o caso das autocaravanas e tendas. A razão de ser desta última distinção prende-se com a cobrança de impostos porque, apesar de não se tratar de um edifício fixo, está a ocupar o espaço por um período prolongado de tempo. Estes são os três aspetos que diferem na distinção de prédio para o direito civil e para o direito fiscal.

Ainda a propósito destas noções fiscais, há que acrescentar que as finanças têm também uma base de dados relativas a prédios: **matrizes fiscais**. Para efeitos tributários, se quisermos saber quem é o proprietário do prédio em causa vamos a essas matrizes. Para efeitos civilísticos, a nossa ferramenta de pesquisa terá de ser a base do **registo predial**.

Extensão espacial do direito de propriedade

Há que realçar o **artigo 1344º** que nos fala dos **limites materiais** da propriedade dos imóveis. No **nº1** lemos que a propriedade abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo.

Apesar de esta ser a corrente tradicional, hoje temos de admitir que isto não é bem assim. **O espaço aéreo não é suscetível de apropriação, apenas de preenchimento.** Isto tem que ver com uma lei da física básica: os sólidos podem ser ocupados, mas os gasosos só se preenchem, não se ocupam.

O direito de propriedade sobre imóveis é delimitado pelo domínio público aéreo e pelo domínio público do subsolo. Daí que este **nº1 artigo 1344º** tenha de ser interpretado conforme à constituição, nomeadamente ao **artigo 84º nº1 CRP**, que estabelece que pertencem ao domínio público:

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

Reta olhar para o **nº2 artigo 1344º** que nos indica que o proprietário não pode proibir os atos de terceiros que, pela altura ou profundidade a que têm lugar, não tenha interesse objetivo em impedir.

Direito a construir ou *jus aedificandi*

Como nos diz o professor Rui Pinto Duarte, um dos mais importantes poderes tradicionalmente atribuídos ao direito de propriedade é o chamado direito a construir ou *jus aedificandi* que compreende a **faculdade de praticar os atos materiais de construção**, mas também a **faculdade de praticar os atos jurídicos prévios necessários à construção** (loteamentos ou infraestruturas urbanísticas), bem **como as operações materiais posteriores à edificação**.

Porém, como é sabido **a faculdade de edificar é hoje fortemente limitada**, nomeadamente pelas regras sobre ordenamento do território, muito em especial pelas regras urbanísticas. No Direito português, como na generalidade dos Direitos dos países com nível de desenvolvimento igual ou superior ao nosso país, a realização de operações urbanísticas por particulares depende de prévia licença ou autorização administrativas. Isto é assim tanto no meio urbano como no meio rural.

Já foi dito que é muito difícil definir o direito de propriedade, dada a sua vasta gama de poderes, e mais difícil se torna ainda compreendermos os seus limites. Daqui deriva o problema de saber se do direito de propriedade fazem parte as faculdades em que o *ius aedificandi* se desdobra e se os atos da Administração necessários à concretização destas faculdades são meras condicionantes ou se, pelo contrário, é desses atos da administração que nasce o *ius aedificandi*.

Neste sentido, e na sequência do **artigo 1344º** que diz que a propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo e o subsolo correspondentes à superfície, discute-se se o direito de propriedade envolve o *jus aedificandi*. A questão é: **direito a construir é uma faculdade incluída no direito de propriedade?** A resposta tradicional é claro que sim. Contudo, isto não é assim tão linear já que tanto a Constituição como o direito administrativo têm regras sobre a edificabilidade que devem ser observadas.

Assim, este preceito não pode ser interpretado isoladamente, tendo de ser coordenado com as demais normas, sobretudo as normas urbanísticas. Estamos aqui a falar de **dois vetores: ordenamento do território e proteção ambiental**. A CRP tem um regime de ordenamento do território e um regime de proteção do ambiente que contêm normas constitucionais proibitivas. A nível infraconstitucional, existe um regime do ordenamento do território e um regime de edificação, o chamado direito do urbanismo.

Hoje em dia, **para edificar não basta ter direito de propriedade sobre o prédio, é necessário obter uma licença de construção que só é concedida mediante o respeito por determinadas regras de urbanismo e ambiente**. Temos condicionantes como os planos de urbanização municipais, as reservas agrícolas e as reservas eólicas nacionais, sendo que nestas duas últimas, independentemente do interesse dos proprietários, é-lhes vedada a possibilidade de construção.

Sobre este tema existem **duas correntes doutrinárias**:

- Por um lado, temos aqueles que consideram que **o direito a construir é uma faculdade do direito de propriedade**, integrando a proteção constitucional desse direito, como Freitas do Amaral, Marcelo Rebelo de Sousa e João Caupers.
- Pelo outro lado, encontramos aqueles que acreditam que **o direito a construir apenas resulta ou deriva da licença administrativa**, caso de Sérvulo Correia, Bacelar Gouveia, Gomes Canotilho e Vital Moreira.

A primeira posição visa proteger a propriedade privada do controlo do ordenamento do território e do meio ambiente, enquanto que a segunda construção dá prevalência a esse ordenamento do território e à proteção do ambiente sobre a propriedade privada. **No fundo, é um controlo de valores constitucionais**. Na jurisprudência, a corrente maioritária é a segunda, aquela que faz prevalecer o ordenamento do território e a proteção do ambiente, por imposição constitucional.

Rui Pinto Duarte assume uma **posição intermédia** que aponta para uma certa análise tipológica, sugerindo uma distinção entre prédios nos grandes centros urbanos e prédios fora dos centros urbanos. Este autor considera que se estamos perante o direito de propriedade sobre um prédio no centro de Lisboa no qual há muitos anos existe um edifício, então este direito compreende certamente as faculdades de manter a construção e de reconstruir. Por outro lado, o mesmo já não será verdade para o direito de propriedade sobre um prédio rústico que sempre esteve afeto à exploração agrícola. Para este autor, **o problema que está em causa é o da variabilidade do conteúdo do direito de propriedade** e é por esta razão que duvida que seja viável dar uma resposta universal a esta questão.

Relações de vizinhança

→ Considerações gerais

Cada prédio é necessariamente vizinho de outros. Daí a inevitabilidade dos problemas juridicamente designados por **relações de vizinhança**. As normas que regulam as relações de vizinhança vêm previstas no **artigo 1346º e seguintes**. Contudo, antes de entrar no regime, convém ter algumas noções base.

Há dois tipos de limites no regime das relações de vizinhança: os **limites físicos dos prédios** e os **limites às atividades que podem ser levadas a cabo em cada prédio**. Quando se discutem os muros e as vedações estamos no primeiro campo, enquanto que temas como a emissão de fumos ou barulho cabem no segundo.

Há ainda que distinguir as **relações de contiguidade**, quando os prédios se tocam, das **relações de mera proximidade**. Os limites físicos apenas dizem respeito aos prédios contíguos, enquanto que os limites ao desenvolvimento de atividades nos prédios, tanto podem afetar prédio contíguos como todos os que fiquem nas proximidades.

Resulta do regime das relações de vizinhança, uma clara e evidente **limitação ao direito de propriedade**, já que os direitos dos meus vizinhos limitam o meu direito de propriedade. É, e sempre foi, frequentíssimo os proprietários prediais terem de se relacionar com os proprietários dos prédios vizinhos: ou porque os prédios têm algo em comum, como muros ou paredes, ou porque um dos proprietários tem necessidade de entrar no prédio vizinho ou de para lá enviar algo, como fumos ou cheiros. Podemos ainda ter outros limites concretizados pela constituição de outros direitos reais menores, como a servidão de passagem, por exemplo.

A este propósito, **Oliveira Ascensão** fala em **relações jurídicas reais** como sendo as relações entre titulares de direitos reais sobre prédios em função da sua existência. Apesar de ser um direito absoluto, implica um relacionamento com os titulares de prédios vizinhos. Ainda assim, não é um direito de crédito, continua a ser absoluto, mas com maior ou menor conteúdo.

Contudo, **este regime das relações de vizinhança tem alguma proximidade com institutos jurídicos do direito das obrigações, como o abuso de direito e os atos emulativos**. Ato emulativo é todo aquele que não visa a obtenção de um benefício por parte do agente que atua, visando apenas prejudicar outrem. Já é antiga a ideia de que os atos emulativos são ilícitos, consagrada na lei pela primeira vez no BGB e no *Codice Civile*. Por sua vez, o abuso de direito – que na sua genealogia engloba os atos emulativos – nasceu de decisões jurisprudenciais francesas sobre casos de conflitos de vizinhança.

Um dos casos que ficou célebre neste sentido foi o de um conflito que houve em França entre dois proprietários de prédios vizinhos. Um deles tinha uns dirigíveis que faziam sombra na propriedade do lado, cujo dono decidiu colocar umas estacas pontiagudas a apontar para o prédio do vizinho. O dono dos dirigíveis conseguiu, em tribunal, ganhar este conflito porque se provou que o segundo proprietário estava a atuar em abuso de direito, não tendo qualquer interesse naquelas estacas, a não ser prejudicar o seu vizinho, abusando do seu direito de propriedade.

Tendo em conta esta contextualização, o professor Caetano Nunes alerta para o facto de que as regras que o nosso código civil consagra para a regulação das relações de vizinhança são muito antiquadas, regras seculares que faziam sentido no mundo gregário e rural. Nos nossos dias, estas regras são superadas pelo direito do urbanismo e pelas normas administrativas, sobretudo no que diz respeito ao *jus aedificandi*.

Existe também **uma discussão sobre a possibilidade de se fazer uma interpretação atualista destas regras das relações de vizinhança**. O que se discute é o chamado *private enforcement* do direito do urbanismo, já que hoje em dia são as entidades

administrativas que ditam as regras. Regras estas que podem ser impostas aos proprietários pelo Estado, mas que os proprietários não podem impor uns aos outros. A prova disto é que a esmagadora maioria destas questões é resolvida em tribunais administrativos e não em tribunais cíveis.

Há ainda que ter em atenção a **relevância dos direitos de personalidade em conflitos entre proprietários**. Sobre esta matéria há um acórdão do STJ que proíbe uma edificação com base no direito à saúde na parte da necessidade de insolação. Apesar de não haver tal coisa como *private enforcement* nesta matéria, houve um advogado que conseguiu ir ao STJ defender a sua causa com base nos direitos de personalidade e nos direitos fundamentais, fruto da sua aplicação direta e horizontal.

Quanto à **classificação das relações de vizinhança**, existem quatro aspetos essenciais que são pistas de conteúdo material para entender este regime. Este agrupamento das formas de regulação das relações de vizinhança foi apresentado por **Gambaro** como sendo:

- regras sobre emissões,
- regras sobre distâncias,
- regras sobre comunhão
- e a cláusula geral proibitiva do abuso de direito.

→ Regime das relações de vizinhança

○ Direito de demarcação

Uma das faculdades tradicionalmente compreendidas no direito de propriedade sobre prédios é a de demarcação. O proprietário tem o direito de exigir o concurso dos proprietários confinantes para a demarcação, nos termos do **artigo 1353º**. Os pressupostos da demarcação são: a **existência de dois ou mais prédios contíguos**, a sua **pertença a titulares diferentes** e a **existência de dúvidas ou divergências quanto às suas linhas divisórias**.

Enquanto operação material, a **demarcação consiste em colocar sinais permanentes (marcos ou outros) das linhas divisórias dos prédios contíguos**. A base da demarcação é constituída pelos títulos de cada proprietário e, na falta ou insuficiência deles, pela posse, ou ainda, subsidiariamente, por outros meios de prova. Isto nos termos do **nº1 do artigo 1354º**.

○ Direito de tapagem

Outra das faculdades tradicionalmente reconhecidas ao proprietário é a de **tapar, no sentido de marcar, valar, rodear de sebes e praticar atos análogos no seu prédio**. O código civil consagra essa faculdade, limitando-a no que respeita às valas, no **artigo 1357º**, e às sebes vivas, no **nº1 do artigo 1359º**. Por outro lado, estabelece certas presunções de comunhão das valas e sebes divisórias, nomeadamente no **artigo 1358º** e no **nº2 do artigo 1359º**.

○ Direito de plantação

A regra que o nosso direito apresenta sobre este tema é a de **permissão de plantação de árvores e arbustos até à linha divisória**, como se lê no **nº1 do artigo 1366º**.

Existe também a questão das árvores de fruto, em que, contrariamente ao que acontece noutras ordens jurídicas, o dono da árvore não perde a propriedade sobre os frutos, ainda que estes caiam no terreno do vizinho, tal como estabelece o **artigo 1367º**.

O último problema sobre este direito que o legislador achou por bem tratar é o da plantação de árvores e arbustos nas linhas divisórias. Regra geral, a plantação de sebes vivas nas extremas é proibida, salvo se previamente se colocarem marcos divisórios, como podemos ler no **nº1 do artigo 1359º**. Existem ainda outros aspetos sobre este assunto que não foram desenvolvidos em aula, mas importa ainda referir o **artigo 1369º** que indica que as árvores ou arbustos que servem de marcos divisórios apenas podem ser arrancados por acordo das partes.

- **Outras situações previstas na lei**

Emissões, artigo 1346º. Esta disposição estabelece que o proprietário de um imóvel se pode opor à emissão de fumos, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a outros fatores semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanem.

De seguida temos a questão das **instalações prejudiciais** regulada pelo **artigo 1347º**. Do **º1** retiramos que o proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos pela lei.

A disposição seguinte, **artigo 1348º**, trata do tema das **escavações**. Este artigo estabelece que a faculdade de abrir minas ou poços e de fazer escavações tem como limite não privar os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocamentos de terra, de acordo com o **nº1**. Por sua vez, o **nº2** estabelece que os lesados por infração de tal limite têm direito a ser indemnizados pelos danos daí resultantes, mesmo que tenham sido tomadas as precauções julgadas necessárias.

Sobre o regime da **passagem forçada momentânea**, temos o **artigo 1349º** que estipula que os donos dos prédios são obrigados a consentir no acesso de terceiros aos seus prédios nos seguintes casos:

Nº1. Indispensabilidade de, para reparar algum edifício ou construção, neles levantar andaime, neles colocar objetos ou de por eles fazer passar materiais ou praticar outros atos análogos.

Nº2. Recolha por terceiros de coisas suas que acidentalmente neles se encontrem, podendo, porém, os donos impedir o acesso desde que entreguem tais coisas aos proprietários das mesmas.

Quanto à questão da **recepção de águas**, temos o **artigo 1351º** e o **artigo 1352º**. Isto tem que ver com o facto de os donos dos prédios inferiores estarem sujeitos a receber as águas que para eles correm dos prédios superiores, incluindo a terra e os entulhos arrastados (**nº1 do artigo 1351º**). Os donos dos prédios inferiores não podem fazer neles obras que estorvem o escoamento (**nº2**), enquanto que os donos dos prédios superiores não podem fazer neles obras que agravem o escoamento (**nº3**). Por sua vez, o **artigo 1352º** diz respeito às obras defensivas das águas.

O próximo aspeto é a **restrição à abertura de rasgões ou de plataformas em edifícios em função da proximidade de outro prédio** e está regulada entre o **artigo 1360º** e o **artigo 1364º**. O Código civil não impede que se construa até às extremas dos prédios. No entanto, restringe a abertura de rasgões e de plataformas em edifícios, em função da proximidade de outro prédio (com o intuito de limitar a indiscrição).

Os **artigos 1370º a 1375º** tratam da matéria sobre **paredes e muros de meação**. Finalmente temos a questão da **ruína de construção**, abordada pelo **artigo 1350º** que hoje tem uma relevância prática quase insignificante.

Acessão imobiliária

Acessão é uma forma de aquisição originária do direito de propriedade. É caracterizada por dois requisitos: **incorporação de certa coisa noutra** e **diversidade de titulares**. O fenómeno da incorporação resulta de termos duas coisas distintas, cada uma do seu dono, e uma integrar-se ou ser integrada na outra, passando ambas a pertencer ao mesmo dono. Esta é a definição que se retira do **artigo 1325º**.

Existem dois tipos de acessão: **acessão mobiliária** e **acessão imobiliária**. Para agora só nos interessa a acessão imobiliária. O **nº1 do artigo 1326º** faz ainda a distinção entre **acessão natural** e **acessão industrial**. Assim, *“a acessão diz-se natural, quando resulta exclusivamente das forças da natureza; dá-se a acessão industrial, quando, por facto do homem, se confundem objetos pertencentes a diversos donos, ou quando alguém aplica o trabalho próprio a matéria pertencente a outrem, confundindo o resultado desse trabalho com propriedade alheia”*.

O código civil trata da **acessão imobiliária natural** nos **artigos 1327º a 1332º**. Os casos mais relevantes são os da **aluvião** e da **avulsão**, previstos nos **artigos 1328º e 1329º** respetivamente. Um exemplo simples é o de haver uma enxurrada que leva pedras do meu quintal para o quintal do vizinho e ele passa a ser o proprietário delas. Acontece que a acessão imobiliária natural tem uma relevância prática muito diminuída e, por essa razão, o nosso ponto de foco será a **acessão imobiliária industrial**.

→ Acessão imobiliária industrial

○ Obras com materiais alheios em terreno próprio

O **artigo 1339º** fala das **obras, sementeiras ou plantações com materiais alheios**. Há três elementos essenciais nesta definição, sendo que o terceiro deve se deduzido: obras, sementeiras ou plantações; com materiais alheios; **em terreno próprio**. Estes três elementos correspondem à previsão normativa. A estatuição será, então, a aquisição originária da propriedade sobre os materiais, sementeiras ou plantações.

O caso é, por exemplo, tenho um prédio, do qual sou proprietária, e utilizo materiais do vizinho para fazer uma construção nesse meu prédio. A solução estabelecida é a da **aquisição dos materiais usados pelo dono do prédio, contra o pagamento do valor respetivo – sem prejuízo da indemnização a que haja eventualmente lugar**. Não faria sentido que eu, dona do terreno e construtora, tivesse de destruir a minha construção, mas também não poderia ficar com os materiais do outro sem que este obtivesse qualquer tipo de compensação.

- **Obras com materiais próprios em terreno alheio**

Os **artigos 1340º e 1341º** tratam de **obras, sementeiras e plantações em terreno alheio**. É o caso oposto do anterior, já que os materiais são próprios e o terreno é alheio.

Aqui há uma nuance a ter em conta: o legislador optou por distinguir os casos em que o construtor está de **boa fé**, dos casos em que está de **má fé**, daí que tenhamos duas disposições distintas. Assim sendo, a previsão passa a ter quatro elementos: obras, sementeiras ou plantações; com materiais próprios; em terreno alheio; de boa ou má fé. É de realçar que estas normas acabam por ser muito confusas e apresentam uma técnica legislativa pobre. Este tema será aprofundado posteriormente.

- **Obras com materiais alheios em terreno alheio**

O **artigo 1342º** apresenta a solução no caso de ser uma **obra, sementeira ou plantação com materiais alheios em terreno alheio**, estabelecendo que, neste caso, cabem ao dono dos materiais os direitos conferidos no artigo 1340º ao autor da incorporação, esteja este de boa ou má fé.

Contudo, havendo culpa do dono dos materiais, o seu direito é apenas o de receber o valor dos mesmos segundo as regras do enriquecimento sem causa – tendo ainda de repartir o valor a receber com o autor da incorporação em função do valor relativo da mão-de-obra e dos materiais, tal como estatui o **nº2 do artigo 1342º**.

- **Prolongamento do edifício por terreno alheio**

Por fim, o **artigo 1343º** consagra a hipótese de **prolongamento de edifício por terreno alheio**. Isto consiste no caso de alguém, no decurso da construção em terreno próprio, prolongar, de boa fé, o seu edifício por uma parcela do terreno alheio. 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, nomeadamente o correspondente à eventual depreciação do resto do terreno. Se, por outro lado, o proprietário do terreno ocupado se opuser, no prazo em causa, parece, *a contrario sensu*, que o construtor fica obrigado a destruir o que tiver edificado, como nos diz o professor Rui Pinto Duarte.

Regresso ao 1340º (obras com materiais próprios, terreno alheio, de boa fé)

Sobre este regime, há que ter em atenção à existência do **princípio superficies solo cedit**, ou seja, **a superfície cede ao solo**. Este é um princípio muito antigo e prende-se com o facto de que podemos realizar as obras, sementeiras ou plantações que quisermos, mas o produto final da nossa construção pertencerá sempre ao proprietário do solo. Por outras palavras, **tudo o que for incorporado no solo e não puder de ele ser retirado, passa a pertencer ao proprietário do solo**. Assim, se eu plantar milho no terreno do meu vizinho, isso não faz com que eu passe a ser o proprietário do terreno, quanto muito o meu vizinho passa a ser dono do milho.

O que acontece é que o **artigo 1340º** se afasta deste princípio, determinando que, em certas circunstâncias, a propriedade seja atribuída ao construtor. Este é um traço único do nosso ordenamento jurídico e contrário às soluções que foram consensualizadas nos restantes países europeus. Acaba por ser uma ideia algo absurda

e é por essa razão que a doutrina criou uma série de interpretações restritivas que visam diminuir o alcance deste preceito que o professor Caetano Nunes considera muito pouco feliz. É importante realçar que jurisprudência também tem tido em conta estas interpretações.

Como nos diz o professor Rui Pinto Duarte, tomado à letra, o alcance do **nº1 do artigo 1340º** é perturbador: sempre que alguém, de boa fé, construíse obra em terreno alheio, sendo o valor da obra maior que o do terreno, o autor da construção adquiriria (ou poderia adquirir) o terreno. Assim, por exemplo, o arrendatário ou comodatário que, autorizado pelo dono, construíse no terreno arrendado ou comodado adquiriria (ou poderia adquirir) o terreno em causa, desde que o valor da construção fosse superior ao do solo.

É com base nestas situações absurdas que aparecem três interpretações restritivas. Quando os autores defendem interpretação restritiva dizem que determinada hipótese não cabe no regime a acessão e deve ser reconduzido para o regime das benfeitorias. Estão a partir para o elemento sistemático da interpretação. O grande argumento destas teses de interpretação é o princípio *superficies solo cedit*. Há unanimidade quanto à necessidade de uma interpretação restritiva, o caminho para esse resultado é que varia.

→ Critério da relação jurídica anterior (Pires de Lima e Antunes Varela)

De acordo com a tese de Pires de Lima e Antunes Varela, **só pode haver acessão quando quem fez a obra não tinha uma relação jurídica anterior com a coisa beneficiada**. A linguagem não é a mais precisa, dado que existem relações jurídicas entre pessoas e não com coisas, mas esta é apenas uma incorreção terminológica. Em consequência deste critério, o arrendatário e o comodatário do exemplo anterior nunca poderiam adquirir por acessão, por terem uma relação jurídica com a coisa beneficiada – sendo as obras que construam sempre tratadas como benfeitorias.

→ Critério da inovação (Manuel Rodrigues e Manuel de Andrade)

O critério proposto por Manuel Rodrigues e Manuel de Andrade é o chamado critério clássico. Segundo esta interpretação restritiva, **a acessão só ocorre se a obra realizada for inovadora e transformadora da substância da coisa**. No exemplo do arrendatário de um terreno agrícola, se construir um edifício para guardar as alfaias, ainda podemos considerar que este se enquadra na finalidade tradicional do terreno e, por isso, não pode ser considerada como uma obra inovadora. Por outro lado, se construir uma moradia num prédio rústico, aí já podemos considerar que este critério se encontra preenchido.

→ Critério misto (Rui Pinto Duarte)

O terceiro critério, avançado por Rui Pinto Duarte, corresponde à conjugação dos outros dois. Como nos diz o autor, embora, por vezes, sejam apontados como incompatíveis, os dois caminhos para a interpretação restritiva parecem convergentes e mesmo cumuláveis. É possível entender que, para que a acessão tenha lugar a **obra tem de ser transformadora** e tem de ser imputável a quem não tenha um determinado título para a realizar, por outras palavras, a quem **não tenha relação jurídica anterior com o proprietário do prédio**.

Se olharmos para a letra da lei não encontramos apoio para estas interpretações restritivas. São sustentadas com o argumento do **elemento sistemático**, olhando para o regime das benfeitorias e ainda **critérios de justiça** e o **princípio *superficies solo cedit***.

Resolvida esta questão acerca da interpretação restritiva do **artigo 1340º**, resta-nos olhar para os outros problemas que este preceito levanta.

→ **O objeto da acessão é o prédio total ou apenas a parcela beneficiada?**

Há o problema de saber se o objeto da acessão prevista é o prédio na sua totalidade ou a parcela do prédio onde a obra foi construída. A letra da lei diz que se adquire o prédio, mas a jurisprudência maioritária diz que se adquire a parcela do terreno onde a obra foi feita (é essa a *law in action*).

É uma jurisprudência que, além de não ter apoio na lei, joga mal (do ponto de vista sistemático) com as regras de fracionamento que visam impedir que se proceda a um excessivo fracionamento da propriedade. Fazemos uma comparação com o valor da obra com o prédio todo ou da parcela? A lei diz que é o valor do prédio.

→ **Há uma aquisição automática ou um direito potestativo?**

Esta é mais uma questão onde a doutrina não é unânime. Para a **escola de Coimbra**, a aquisição é automática. A partir do momento em que faço a obra e ela tem um valor superior, há uma aquisição *ope legis* da propriedade sobre o prédio ou parcela do terreno.

Para a **escola de Lisboa**, não há uma aquisição por força da lei, mas um direito potestativo, suscetível de exercício através de uma declaração negocial, operando a transmissão da propriedade através do exercício desse direito potestativo. Esta também tem sido a via seguida pela **jurisprudência maioritária**.

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

A última dúvida de interpretação é a de saber qual o valor a pagar pela aquisição. Ainda no **nº1 do artigo 1340º**, há uma segunda estatuição que diz respeito à compensação a que o proprietário que perde o prédio tem direito, dizendo que vai receber o valor que o prédio tinha antes das obras. No entanto, a jurisprudência discute isso e há para todos os gostos. Há quem diga que é o valor do imóvel anterior à obra; quem defenda que é o valor do imóvel anterior à obra, mas atualizado; e há ainda uma terceira corrente que defende que é o valor atual do imóvel.

A opinião do professor Rui Pinto Duarte é a que resulta do texto da lei, mas que tal valor é atualizável em função da depreciação da moeda. Por sua vez, o nosso professor Caetano Nunes acredita que este artigo devia ser riscado, por ser um desvio ao princípio *superficies solo cedit*. Em todo o mundo isto acontece e a solução não passa por disposições legais como esta, mas antes pelo cumprimento do princípio.

Atravessadouros e caminhos públicos

A matéria dos atravessadouros e caminhos públicos vem regulada nos **artigos 1383º e 1384º**. Do ponto de vista jurídico, são limitações à propriedade sobre prédios a favor da passagem de terceiros. Os atravessadouros e os caminhos públicos têm por base a **permissão de que terceiros possam atravessar pelos prédios**, apesar de estes serem privados. Há que notar que não estamos aqui a falar de uma servidão de passagem que serve um proprietário que tem a sua casa encravada, mas antes de um **caminho público onde qualquer pessoa pode passar**, distinguindo-se também dos casos de limitação motivados por relações com os vizinhos que vimos.

O **artigo 1383º** diz que os **atravessadouros estão abolidos**, por mais antigos que sejam. Por regra, só se aceitam as servidões prediais em benefício de um proprietário concreto de um prédio contíguo. Não obstante, **existem exceções** nos termos do **artigo 1384º**: atravessadouros de posse imemorial, que se dirijam a ponte ou fonte de manifesta utilidade, enquanto não existirem vias públicas destinadas à utilização ou aproveitamento de uma ou outra, bem como os admitidos em legislação especial.

A doutrina e a jurisprudência falam de uma outra figura próxima dos atravessadouros, os chamados **caminhos públicos** que funcionam como **exceção da abolição dos atravessadouros**. Sobre este tema, importa ter em conta o **AUJ 19/4 de 1989**. Neste acórdão, os caminhos públicos são definidos exatamente da mesma forma que o Código Civil define os atravessadouros, pelo que este assento acaba por ser *contra legem*. Para este AUJ, são **“públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso direto e imediato do público”**.

É importante não confundir os caminhos públicos ou atravessadouros com os bens de domínio público, ou a propriedade pública. As estradas são bens do domínio público, não se configuram como restrições ao direito de propriedade de qualquer privado. Por fim, uma última nota é que se pode aqui fazer uma analogia entre os caminhos públicos e os terrenos baldios.

Fracionamento e emparcelamento dos prédios rústicos

Há uma **tendência histórica de autonomização dos prédios rústicos, o que coloca em causa a viabilidade económica dos proprietários**, impossibilitando a realização de atividades como a exploração agrícola ou pecuária.

É por esta razão que, há muitas dezenas de anos, o Estado tem vindo a formular medidas não apenas no sentido de evitar o fracionamento, como também promover a reconfiguração das propriedades, sobretudo pela aglutinação dos prédios de cada indivíduo que não atinjam a dimensão mínima desejada. Assim sendo, há dois regimes que surgem para contrariar essa tendência: a **proibição do fracionamento** e o **emparcelamento**. Fracionar é dividir um prédio em frações mais pequenas, enquanto que emparcelar é juntar vários prédios.

Esta matéria vem regulada no **artigo 1376º e seguintes** e na **lei 111/2015**. É de notar que o manual do professor Rui Pinto Duarte não tem esta matéria atualizada, por ser anterior a esta última lei.

Diz-nos o nº1 artigo 1376º que a **proibição de fracionamento tem por referência uma unidade de cultura**, uma dimensão mínima por cultura. Há portarias que estabelecem isto para cada região do país tendo em conta a cultura predominante. A título de exemplo: no Alentejo o mínimo para a cultura de sobreiros são 9 hectares.

Para efeitos de fracionamento, quando há **Reserva Agrícola Nacional**, a unidade de cultura corresponde ao triplo da área fixada pela lei geral para os respetivos terrenos e região, e a proibição de fracionamento passa a ser muito mais agravada. No caso do exemplo dos sobreiros no Alentejo, o limite mínimo passa a ser 27 hectares. Nenhum dos prédios resultantes do fracionamento pode ficar com uma dimensão inferior a essa.

O **artigo 1380º** estabelece um **direito de preferência legal** com determinados pressupostos para promover o emparcelamento e impedir o fracionamento. Quando há um terreno com dimensão inferior à unidade de cultura, que não tenha os tais 9 hectares por exemplo, os proprietários de terrenos confinantes gozam de direito de preferência na aquisição desse terreno. Imaginemos que A quer vender ao B o seu terreno que é confinante ao terreno do C. Este C tem direito de preferência. Se, noutro cenário, tanto B como C forem proprietários de terrenos confinantes ao do A, já não há um direito de preferência, dado que ambos estão ao mesmo nível.

Há uma querela jurisprudencial sobre o ónus da prova. É B que tem de alegar que não há um C confinante, ou são A e C que precisam de alegar que o C tem um prédio confinante? Nalgumas situações, isto pode ser muito relevante por haver confusão total sobre quem é o proprietário. Em caso de dúvida como se decide? Com base na distribuição do ónus de prova.

Outras restrições à propriedade sobre prédios

→ **Servidões administrativas.** Funcionam como restrições à propriedade dos prédios para além das que já que estudamos.

Foram já referidas restrições ao direito de propriedade globalmente enquadráveis nas relações de vizinhança. As restrições ao direito de propriedade de natureza privada não são, porém, apenas essas. Para além delas, existem – dir-se-ia, naturalmente – as que resultam da coexistência de outros direitos reais sobre o mesmo bem e as de natureza contratual.

É ainda importante sublinhar que o direito de propriedade sobre prédios sofre também restrições impostas pelo Direito Público. A restrição máxima é a expropriação, a que já fizemos referência. Há, porém, muitas outras – e muito relevantes – restrições, reguladas em variada legislação. É o caso das servidões e de outras restrições administrativas, como, por exemplo, as militares, as de aqueduto público, as de gasoduto público e as de linhas elétricas e telefónicas.

Propriedade horizontal

Este regime vem previsto pelo **artigo 1414º e seguintes**. A propriedade horizontal é um regime especial dentro da propriedade sobre imóveis, para os casos em que um edifício (**condomínio**) pertence a uma pluralidade de pessoas (**condóminos**) tendo cada uma delas poder sobre uma parte específica (**fração autónoma**) e todas em comum poder sobre as partes que não são atribuídas especificamente a uma (**partes comuns**).

Este instituto surge como resultado do desenvolvimento das cidades e das políticas de fomento à aquisição de habitação própria. A propriedade horizontal tem grande relevo em Portugal nas últimas décadas marcadas pelo crédito hipotecário. A maioria dos portugueses, por força do acesso fácil ao crédito bancário, têm habitação própria e não arrendada. Por vezes são proprietários exclusivos, caso das vivendas, mas na maioria dos casos são frações autónomas. Isto sem prejuízo de, muito frequentemente, as mesmas se encontrarem hipotecadas para garantia dos empréstimos bancários contraídos para a sua aquisição.

Na parte dos direitos reais, o Código Civil tem grande desenvolvimento naquilo que é o mundo rural, mas é algo infeliz na parte urbana. É mal sistematizado e insuficiente na resposta a algumas questões importantes como a diferença entre os poderes dos condóminos por si ou em conjunto, se o condomínio tem ou não personalidade jurídica, quem representa o condomínio em tribunal, entre outras. A lei é extremamente pouco detalhada e isso cria problemas na vida das pessoas.

→ Qual o âmbito de aplicação do regime da propriedade horizontal?

O **artigo 1414º** determina que apenas podem ser submetidos a este regime os edifícios isoladamente considerados. Contudo, resulta do **artigo 1438º A**, acrescentado em 1994, que também podem ser submetidos ao mesmo regime os conjuntos de edifícios contíguos, funcionalmente ligados entre si, pela existência de partes comuns afetadas ao uso de todas ou algumas unidades ou frações que as compõem,

Ora, esta é a primeira quebra sistemática do regime, dado que esta disposição, o **artigo 1438ºA** deveria estar junto da anterior dado que ambos regulam o âmbito de aplicação do regime da propriedade horizontal, devendo ser o artigo 1414º A.

Mediante a leitura dos **artigos 1414º e artigo 1415º**, vemos que, para que um edifício possa estar abrangido pelo regime da propriedade horizontal, as partes destinadas a constituírem frações autónomas têm de ser **unidades independentes, distintas e isoladas entre si, com saída para uma parte comum do prédio ou para a via pública.**

Ainda sobre o âmbito de aplicação deste regime e do **artigo 1438º A**, discute-se a possibilidade de existir um “sub condomínio” que trate das questões relacionadas com o cada um dos edifícios em específico e que tome parte num condomínio comum a todos os prédios contíguos. Existiriam reuniões por edifício e reuniões por condomínio. Este seria certamente um *modus operandi* que facilitaria a vida num condomínio gigante formado por muitos prédios contíguos entre si.

→ Partes comuns e frações autónomas

Como foi referido nas notas introdutórias, a existência de propriedade horizontal implica a existência de frações autónomas e partes comuns. A base legal desta matéria é o **artigo 1421º** que refere **quais são as partes comuns do prédio**, com a diferença de que as do **nº1 são obrigatoriamente comuns**, injuntivas, enquanto que as do **nº2 são presumidamente comuns**. Da leitura do primeiro número, podemos retirar que os elementos necessariamente comuns são as partes estruturais do edifício.

Sendo o **nº2** uma presunção legal, pode ser ilidida. A maneira mais simples de afastar a presunção de parte comum é através do **título constitutivo de propriedade**, que diz quais são as partes comuns e quais são as frações autónomas. Há, contudo, outras formas de ilidir a presunção, defendidas pela doutrina, apontando dois critérios:

- **Natureza da situação fáctica**, defendido por Oliveira Ascensão. Prende-se pela observação do edifício. Exemplo: a estrutura será sempre parte comum, basta olhar, já se tivermos um pequeno jardim que só é acessível pela varanda do 1ºD, vamos presumir logo que não será parte comum.
- **Destinação objetiva**, defendido por Pires de Lima e Antunes Varela. Temos um negócio jurídico que esclarece o que é ou não parte comum.

No **nº3** já não se discute o que é uma parte comum, antes se determina que **uma parte comum possa ser afeta ao uso exclusivo de um condómino**, mas não deixa de ser uma parte comum. Costuma ser o caso dos terraços de cobertura.

Então o que é que é a fração autónoma? É um **espaço exclusivo do condómino**. Uma boa parte das paredes são estruturais. O piso é partilhado com o vizinho de baixo, o teto é partilhado com o vizinho de cima, logo a fração autónoma é essencialmente o espaço com uma ou outra parede interior.

→ **Títulos constitutivo e regulamento**

Resulta do **artigo 1418º nº1** que o **título constitutivo é um negócio jurídico ou uma sentença preconizada em documento escrito que especifica as partes do edifício que são frações autónomas e qual o seu valor relativo**. Normalmente é um negócio jurídico.

No fundo, este título será um documento que corporiza o negócio jurídico que cria situações jurídicas, tanto ativas como passivas, direitos e deveres, por **razões de segurança e facilidade de tráfego jurídico**. Assim, o regime de propriedade horizontal é caracterizado por um título constitutivo que individualiza num documento as diversas frações autónomas e o seu valor relativo. Sobre a questão do “valor relativo”, costumava-se falar em percentagem, mas sobretudo em permilagem. Se, por exemplo, forem quatro frações iguais cada uma terá 250‰ .

O **artigo 1418º nº2** diz-nos que o título constitutivo pode conter um **regulamento que disciplina o uso, fruição e conservação quer das partes comuns, quer das partes autónomas**. O regulamento está contido no título, tendo o mesmo valor e eficácia.

O que consta do regulamento? O regulamento altera a situação real do prédio e trata temas como as contribuições para despesas comuns, como está organizado o condomínio, quais os órgãos que vigoram, saber se os condóminos podem ter animais, saber se podem fazer barulho alto e até que horas.

No caso de o título constitutivo não conter este regulamento, os condóminos podem, e devem, sempre que a quantidade seja superior a quatro, elaborar um **regulamento de condomínio**, cujo objeto, no entanto, a lei restringe à disciplina, uso, fruição e conservação das partes comuns. Este segundo regulamento não contido no título constitutivo não pode, portanto, dispor sobre as frações autónomas, por força do **artigo 1429ºA**.

A lei tem duas previsões normativas sobre o regulamento dos condomínios, nos **artigos 1318º e 1429ºA**. Estas normas jurídicas têm um alcance distinto, sendo que a primeira faz referência tanto às partes comuns como às frações autónomas, enquanto que a segunda fala apenas da regulação do uso, fruição e conservação das partes comuns. Para o professor Caetano Nunes, o facto de estas disposições tratarem de assuntos semelhantes, estando tão dispersas, é mais um exemplo de quebra sistemática do nosso regime de compropriedade.

- **Problemas do regime do título constitutivo e regulamento**

- **O regulamento é oponível *erga omnes*, mas está sujeito ao registo**

Estes preceitos não estão isentos de críticas. Eis a principal: por força do **artigo 2º nº1 b) CDRP, o título constitutivo, em sentido estrito, está sujeito ao registo predial, coisa que não acontece com o regulamento**. Isto significa que a lei não prevê qualquer forma de o dar a conhecer, nomeadamente aos interessados na aquisição das frações autónomas. O maior problema que daqui se retira é que o regulamento, tal como o título constitutivo, é oponível a qualquer adquirente de uma fração autónoma, dado que nele estão consagrados direitos e deveres com oponibilidade *erga omnes*. Isto representa uma potencial, mas clara, **violação ao princípio da confiança**, tal como nos diz o professor Rui Pinto Duarte.

Com este panorama surgem também problemas de interpretação da lei.

- **É possível alterar o regulamento que consta do título por mera maioria ou tem de ser por unanimidade?**

Se olharmos para o **artigo 1429ºA**, a lei parece indicar que a modificação do regulamento pode ser aprovada pela Assembleia de Condóminos por simples maioria, dado que essa Assembleia delibera por maioria simples por força do **artigo 1432º nº3**. Essa disposição dá a entender que até pode ser aprovado pelo próprio administrador, o que é algo estranho. Por seu lado, o **artigo 1419º** leva-nos para a regra da unanimidade aplicável às modificações do título constitutivo, justamente porque o regulamento consta do título constitutivo. A regra da unanimidade é a mais acertada visto que se decidem temas fundamentais para todos os condóminos.

- **Poderá o regulamento disciplinar as regras de funcionamento da Assembleia de condóminos? Estabelecendo, por exemplo, maiorias agravadas?**

A favor destas possibilidades, temos o princípio da autonomia privada e conta, temos um certo entendimento de tipicidade dos direitos reais, que não dará muito azo ao argumento da autonomia privada. A tendência é para não dar tanto espaço à autonomia privada, uma vez que envolve direitos e deveres *erga omnes*.

O professor Caetano Nunes considera que a lei devia ser melhorada e o regime da organização da assembleia dos condóminos devia ser mais complexo. Isto porque a lei deveria especificar quais as maiorias aplicáveis às diferentes matérias que são tratadas por este órgão.

- **Pode o regulamento dispor sobre outras matérias, que não o “uso, fruição e conservação das partes comuns e das frações autónomas”, nomeadamente sobre o funcionamento da assembleia dos condóminos e o exercício do cargo de administrador?**

Normalmente os condomínios têm um administrador e uma assembleia de condóminos, mas por vezes existe um terceiro que liga os dois, que é um conselho de condóminos. A partir dos **artigos 1418º e 1429ºA** a resposta à questão supracitada seria negativa, mas essa conclusão parece pouco racional e é indiretamente contraditada por, pelo menos, outro preceito, que parece pressupor que o regulamento pode abranger outras matérias, o **artigo 1435º nº4**.

→ **Natureza do direito real de cada condómino**

Como nos diz o professor Rui Pinto Duarte, no nosso Direito, a propriedade horizontal, pelo menos em termos descritivos, 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 (fração autónoma) e, em concurso com os demais direitos, sobre as partes comuns do prédio.

Para a maioria da doutrina, incluindo o professor Caetano Nunes, temos aqui um **direito de propriedade especial**. Para outros autores, não há um direito especial de propriedade, mas um direito real de gozo autónomo do direito de propriedade. Esta segunda posição não é a maioritária, até porque o cerne da questão está na definição geral do regime do direito de propriedade que é adaptado às frações autónomas.

A propósito da ideia de direitos de propriedade especial, importa fazermos algumas distinções entre este e o regime da compropriedade. Existem sobretudo quatro grandes diferenças, que resultam da comparação dos poderes dos condóminos com os poderes dos comproprietários:

- **Propriedade exclusiva sobre a fração.** O **artigo 1420º nº1** “*cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence*”, coisa que não acontece na compropriedade, em que nenhum dos contitulares tem qualquer direito sobre qualquer parte especificada da coisa
- **Indivisibilidade.** Ao contrário do que vimos no **artigo 1412º** sobre a compropriedade em que a indivisibilidade tem um prazo máximo de cinco anos, a propriedade horizontal é sempre indivisível por força do **artigo 1423º**.
- **Poderes dos condóminos são diferentes dos poderes dos comproprietários** face às partes comuns.
- **Os condóminos, ao contrário dos comproprietários, não gozam de direito legal de preferência na alienação dos objetos dos direitos pelos outros condóminos, artigos 1423º e 1409º.**

Por fim, há que ressaltar a **existência de alguma organicidade e de uma personalidade jurídica regulamentar do condomínio**. Os comproprietários organizam-se entre si para usar ou fruir a coisa, enquanto que nos condomínios temos algo mais.

Os condóminos têm de se organizar de uma forma muito mais sofisticada e a organização é muito mais complexa para concretizar os seus interesses. Enquanto que na compropriedade temos uma organização insipiente, muito à base do “sentar e decidir”, os condomínios têm verdadeiros órgãos institucionalizados com regras e competências distribuídas entre si. Aqui trata-se de uma verdadeira organização interna que tem, a montante, uma espécie de personalidade jurídica rudimentar que se traduz em factos como a possibilidade de demandar o condomínio, por exemplo.

→ **Constituição da propriedade horizontal**

De acordo com o **artigo 1417º**, a propriedade horizontal pode ser constituída por **negócio jurídico, usucapião, decisão administrativa** ou **decisão judicial**, proferida em ação de divisão de coisa comum ou em processo de inventário.

Por regra, a constituição da propriedade horizontal é através de um negócio jurídico unilateral. É o proprietário original do edifício que constitui a propriedade horizontal, apesar de também ser possível que esta tenha por base um testamento, o que é muito raro.

A constituição por usucapião, decisões judiciais ou administrativas são ainda menos comuns, dado que levantam problemas que, na prática, são intransponíveis, como a conformidade com a licença de utilização/ licença camarária. Como já vimos, existem limitações públicas de índole administrativa ou urbanista que condicionam a autonomia privada neste tema. Antes de construir o edifício, o proprietário deverá apresentar o projeto à Câmara Municipal para que esta o autorize. Esta autorização administrativa é que vai determinar se a construção é suscetível de propriedade horizontal ou não.

Isto torna praticamente impossível constituir uma propriedade horizontal por usucapião porque normalmente o detentor em causa não tem uma qualquer licença de utilização. São na sua génese situações de ilegalidade e de inconformidade com as regras de habitabilidade e de segurança necessárias para obter licenças de utilização.

Como vimos, o **artigo 1418º nº1** exige que o título constitutivo disponha sobre a especificação das frações autónomas e a fixação do valor de cada uma delas, expresso em percentagem ou permilagem, face ao valor total do prédio. Por sua vez, o **nº2** apresenta os elementos sobre os quais o título constitutivo pode ou não se debruçar, tais como o regulamento do condomínio e a designação do fim das frações autónomas.

Nos termos do **artigo 1418º nº3**, **a falta de conformidade do título constitutivo com o projeto aprovado pela entidade pública competente determina a nulidade do título constitutivo.** Por outras palavras, se o regulamento estabelecer um destino para a fração e a licença para a utilização outro, o negócio jurídico constitutivo será nulo nesta parte, por violar de forma expressa a licença. Discute-se aqui a possibilidade de aplicar da **redução dos negócios jurídicos**, previsto no **artigo 292º**. Se o negócio jurídico em causa cumprir os pressupostos exigidos por esta disposição, então ser-lhe-á retirada a cláusula considerada nula e o restante permanecerá e será eficaz.

Quid juris se o título nada disser sobre a destinação da fração autónoma, mas a licença camarária de utilização indica que é para habitação e o condómino usa-a para fazer um escritório de advogados.

Do ponto de vista da eficácia não há problema já que não é nulo pelo **artigo 1418º**. Contudo, como vamos ver a seguir, os condóminos têm direitos e deveres, estando condicionados pelo título constitutivo que, por sua vez, está submetido à licença. Assim, não há um problema de efeitos jurídico negociais, mas de direitos e deveres legais, sendo que o condómino deve obediência à utilização prevista pela licença, segundo o **artigo 1422º nº1 alínea c)**.

→ Posição jurídica do condómino: direitos e deveres

○ Principais direitos

O primeiro e principal direito ou posição jurídica ativa de um condómino é um poder de **domínio da fração autónoma**, isto é, o **uso exclusivo dessa fração**. Encontramos isto a funcionar em várias disposições como os **artigos 1418º, 1420º, 1422º e 1425º**. No caso do **artigo 1422º** temos limitações ao exercício de direitos que pressupõem a regra do domínio exclusivo. Portanto, a exceção confirma a regra.

O segundo direito é o **direito sobre as partes comuns** que os condóminos têm em contitularidade, resultante sobretudo do **artigo 1420º nº1**. O que importa realçar é que este direito tem um **carácter absoluto, erga omnes**, o que significa que **qualquer condómino tem legitimidade própria para reivindicar as partes comuns perante terceiros**, sem que seja necessário o concurso dos restantes condóminos.

O terceiro é o **direito de participação na administração**, ressaltado pelos **artigos 1430º e seguintes**. Este direito inclui vários componentes como o **direito de votar** na assembleia geral, **possibilidade de vir a exercer um cargo de administrador** ou a **impugnação das deliberações da assembleia**.

O quarto direito que aqui importa destacar é o **direito de promover reparações urgentes e indispensável nas partes comuns, na falta ou impedimento do administrador**, tal como se lê no **artigo 1427º**. Acerca desta disposição, o professor Rui Pinto Duarte levanta a dúvida consistente em saber se “falta ou impedimento do administrador” significam “inexistência e impedimento absoluto” ou se significam “ausência ou indisponibilidade, ainda que temporária”. Para além disto, resta acrescentar que não se exige o concurso dos restantes condóminos.

Por fim, temos o **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**, consagrado pelo **artigo 1428º nº1**.

○ Deveres ou posições jurídicas passivas

Em primeiro lugar, o condómino tem o **dever de afetar a sua fração apenas ao fim a que esteja destinada**, limitando o seu uso a essa finalidade, tal como estipulado no **artigo 1422º nº1 c)**, já anteriormente referido.

Em segundo lugar, há uma **obrigação de contribuição para as despesas necessárias de conservação e fruição das partes comuns e para os serviços de interesse comuns** prevista no **artigo 1424º**. Esta é uma autêntica obrigação *propter rem*. Sobre esta contribuição importa referir algumas notas. As despesas que estão aqui em causa são as despesas correntes e não despesas com obras ou despesa ordinárias.

Nos termos do **nº1** dessa disposição, o critério base é o da distribuição das despesas na proporção do valor das frações, sendo que quem tem uma pernilagem ou percentagem superior contribui com mais. Contudo, isto não é necessariamente assim, já que o regulamento pode estabelecer regras diferentes, nos termos do **nº2**.

Importa referir ainda que, a partir de determinada altura foi aditado um excerto normativo para fazer com que os condóminos do rés-do-chão não tenham de contribuir para as despesas com os elevadores e lanços de escadas. Esta regra veio a se acrescentada no **nº3 e nº4**. O **nº5** consagra também esta ideia de que certas despesas podem ser afetas apenas a uma parte dos condóminos, falando-se de despesas relativas a esses condóminos. É o caso das rampas de acesso e plataformas elevatórias. É frequente que as frações autónomas destinadas ao comércio tenham um valor diferente das restantes e a sua contribuição para estas áreas comuns é diferente.

Em terceiro lugar, há que falar do **dever de contribuição, em proporção do valor das frações, para as despesas com obras que não sejam de mera conservação**, como vem previsto no **artigo 1426º**. Estas decisões são deliberadas por maioria e todos têm de contribuir.

Em quarto lugar, os condóminos têm o **dever de ter um seguro**, estipulado pelo **artigo 1429º**. Este será um seguro obrigatório contra risco de incêndio do edifício, quer quanto às frações autónomas, quer relativamente às partes comuns. Este dever de seguro está regulado pelo **DL 268/94**. Para além deste, é frequente que os condóminos tenham seguros individuais que cobrem a fração autónoma e também as partes comuns, o que gera alguns problemas de sobreposição de seguros que não vamos aprofundar.

Por fim, há um **dever de contribuição para um fundo de reserva** para quando forem necessárias obras ou qualquer despesa extraordinária. Isto vem no **artigo 4º do 268/94**, mas o professor Caetano Nunes considera que devia estar inserido no código civil.

→ Regime das obras inovadoras

O regime das obras inovadoras, ou seja, obras que não se destinam à mera conservação do imóvel, nos prédios em propriedade horizontal, convoca essencialmente os **artigos 1422º e 1425º**. Neste capítulo, a nossa lei é algo confusa e de difícil coordenação. Vamos olhar agora para as três proposições normativas essenciais.

Temos então o **artigo 1422º** cujo **nº2 a)** nos diz que é **especialmente vedada aos condóminos** a possibilidade de **prejudicar**, quer com obras novas, que por falta de reparação, **a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício**. Importa fazer contraposição com a do **nº3**, que estatui que as **obras que modifiquem** a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício podem ser realizadas mediante **autorização prévia dos condóminos**, deliberada por maioria representativa de **2/3 do valor total do prédio**. Ao contrário do anterior, aqui já não se fala em “segurança”.

Podemos então concluir que, em primeiro lugar, **as obras que prejudiquem a segurança do edifício são sempre proibidas**, mesmo que autorizadas pela assembleia de condóminos (se mesmo assim forem levadas a cabo, por resultar daqui responsabilidade civil por parte do administrador e dos condóminos que consentiram as obras).

Se as obras prejudicam a segurança é sempre proibido e se quiserem na mesma, as deliberações sociais poderão ser inválidas e ainda haver responsabilidade civil por parte dos condóminos ou do administrador que as façam. Se for por unanimidade, os condóminos que vierem a assumir o prédio podem demandar os que lá estavam e pedir indemnizações por isso.

Em segundo lugar, **no que diz respeito ao arranjo estético e à linha arquitetónica, o legislador distingue entre prejuízo e modificação**, sendo que no primeiro as obras serão sempre proibidas e no segundo poderão ser levadas a cabo após autorização da assembleia de condóminos deliberada por uma maioria de 2/3 do valor total do prédio.

O **artigo 1425º nº1** apresenta-nos a regra geral, estabelecendo que as obras que constituem inovações dependem da aprovação da maioria dos condóminos, devendo essa maioria representar 2/3 do valor total do prédio. Este artigo fala em obras inovadoras em geral, o que também pode incluir **reparações inovadoras**. O mais importante é que este artigo é um saco muito grande onde cabem todas as inovações.

O **artigo 1425º** trata expressamente de “obras inovadoras”, não sendo claro se apenas abrange as obras nas partes comuns, ou também nas frações autónomas. O **nº2** refere-se especificamente às “partes comuns”. Será que isto significa que o **nº1** abrange as obras nas frações autónomas, sendo que as obras inovadoras nas frações autónomas passam também a depender de uma autorização da assembleia de condóminos?

Há, neste sentido, uma **querela doutrinária acerca da interpretação deste artigo**. Por exemplo, Pires de Lima e Antunes Varela sustentam que só as obras inovadoras nas partes comuns dependem de autorização dos condóminos, enquanto Rui Vieira Miller sustenta o contrário. Obviamente se se entende que as inovações nas frações autónomas dependem de tal autorização, estar-se-á a limitar fortemente o direito de cada condómino a ir contra a prática generalizada em Portugal, como nos diz Rui Pinto Duarte. Assim, **a maioria da doutrina defende que esta disposição só diz respeito às partes comuns, não englobando as frações autónomas**.

Na opinião de Rui Pinto Duarte, o **artigo 1425º**, quer o **nº1**, como o **nº2**, só regulam obras nas partes comuns, sendo a diferença da precisão do seu **nº2** relativamente à do seu **nº1** a de que naquele se regulam as obras “capazes de prejudicar a utilização, por parte de algum dos condóminos, tando das coisas próprias como das comuns” e a diferença de estatuição a de que a maioria, mesmo representativa de 2/3 do valor total do prédio, não pode permitir as obras referidas no **nº2**.

Confrontando o **artigo 1425º nº1** com o **artigo 1422º nº3**, temos um confronto entre regra geral e regra especial, respetivamente. O professor Caetano Nunes considera que a existência da segunda norma é desnecessária, dado que a estatuição de ambas é a mesma: 2/3 do capital total do prédio para aprovar estas obras.

→ Alterações ao título constitutivo

Antes de mais, é importante não confundir as alterações ao título constitutivo as com as modificações ao regulamento contido no mesmo, sendo que os regimes são distintos. Aqui falamos de alterações ao título na parte que define as frações e qual o seu peso relativo.

Regra geral, as alterações ao título constitutivo têm de merecer o **acordo de todos os condóminos**, ou seja, têm de ser decididas por unanimidade tal como estatui o **artigo 1419º nº1 in fine**. Têm ainda de ser formalizadas por **escritura pública** ou **documento particular autenticado**, **artigo 1419º nº1 e nº2** e ainda **artigo 1422ºA nº4 e nº5**.

São exceções as alterações consistentes na junção de duas ou mais frações do mesmo edifício, desde que as frações a juntar sejam contíguas. Isto apenas depende da intervenção dos condóminos das frações em causa, tal como previsto pelo **artigo 1422ºA nº1, nº4 e nº5**.

→ Administração do condomínio

O **artigo 1430º** indica que a administração das partes comuns compete à **assembleia de condóminos** e a um **administrador**. Na prática, é habitual os regulamentos de condomínio criarem ainda mais um órgão, o **conselho de condóminos**. Isto é muito comum nos condomínios de grande dimensão, dado que acaba por preencher o espaço entre a assembleia e o administrador, contudo, a lei não prevê este órgão.

○ Administrador

O cargo de administrador vem previsto no **artigo 1435º**. O administrador pode ser **um condómino, um externo ou até uma sociedade comercial** que se dedique exclusivamente à administração de condomínios, o que ainda não é o mais comum no nosso país. Isto de acordo com o **nº4**. O administrador é **eleito e exonerado pela assembleia de condóminos**, sem prejuízo da intervenção do Tribunal, segundo o **nº1, nº2 e nº3**. **O período de funções é de um ano, sem prejuízo de estipulação em contrário, e o mandato pode ser renovado**, como se lê ainda no **nº4**. Cabe ao administrador representar os condóminos, na medida do seu interesse comum.

O **artigo 1437º** atribui a **legitimidade do administrador** para agir em juízo quer contra terceiro quer contra condóminos, no **nº1**. Já no **nº2** é atribuída ao administrador **legitimidade passiva** nas ações respeitantes às partes comuns do edifício. Da capacidade judiciária do administrador são excetuadas as ações relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns, a não ser que a assembleia deliberar atribuir-lhe poder para tanto, como previsto no **nº3**. Vemos que o condomínio possui aqui uma certa personalidade jurídica, dado que é representado, no seu todo, pelo administrador.

A leitura da lei não resolve todas as questões em torno da **legitimidade do administrador**, no entanto, o professor Caetano Nunes sugeriu que seguíssemos dois critérios: o das **funções (legitimidade ativa)** e o das **partes comuns (legitimidade passiva)**. As principais funções do administrador são elencadas no **artigo 1436º**, a saber:

- Convocar a assembleia dos condóminos;
- Elaborar o orçamento das receitas e despesas relativas a cada ano;
- Verificar a existência do seguro contra o risco de incêndio;
- Cobrar as receitas e efetuar as despesas comuns;
- Regular o uso das coisas comuns e a prestação de serviços de interesse comum;
- Exigir dos condóminos a sua quota-parte nas despesas comuns;
- Prestar contas à assembleia de condóminos;

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

○ **Assembleia de condóminos**

Antes de mais, há que sublinhar que **a assembleia de condóminos é um mero órgão de administração do condomínio**, o que, entre outras consequências, significa que não tem poderes para alterar o título constitutivo.

Sobre a **convocatória**, o **artigo 1431º nº2** estipula que a assembleia de condóminos pode ser convocada **pelo administrador ou por condóminos que representem pelo menos 25% do capital investido**.

Nas assembleias de condóminos vigora a regra do **voto em função da participação no capital**, significa isto que o peso dos votos dos condóminos varia consoante a sua participação no capital total do prédio, tal como estatui o **artigo 1432º nº3**. Isto significa que o voto não é por cabeça, mas antes por participação no capital. Assim, **quem deter maior permilagem face à totalidade do valor do edifício, tem um voto com peso superior** a quem tenha uma menor permilagem. Normalmente, a permilagem está associada à dimensão da fração autónoma, mas podem existir critérios diferentes.

Importa ainda falar do **problema da segunda convocatória**. Se não comparecer o mínimo de condóminos exigido para que a assembleia funcione, será agendada nova reunião para uma semana depois, como previsto pelo **artigo 1432º nº4**.

Esta questão leva-nos a saber qual o **quórum** para funcionar a assembleia aprovar uma deliberação. A assembleia de condóminos carece de dois quóruns:

- **Quórum constitutivo** é a maioria necessária ao funcionamento de uma assembleia, tendo em conta a sua data e ordem de trabalhos.
- **Quórum deliberativo** é a maioria necessária para votar uma deliberação sobre um concreto assunto.

As deliberações são tomadas por maioria dos votos representativos do capital investido, como previsto no **artigo 1432º nº3**. Neste caso, estamos a falar do **quórum deliberativo** e, apenas pontualmente, quando a lei exigir outra maioria, é que haverá um desvio a esta regra. Na prática, a unanimidade funciona como máxima maioria possível.

No caso de **segunda convocatória**, o já referido **nº4** estabelece que o quórum deliberativo será mais reduzido. Neste caso, a assembleia pode deliberar por **maioria dos condóminos presentes**, desde que estes representem **1/4 do valor total do prédio**. Quer isto dizer que no primeiro caso será necessária a presença de 501‰ do valor total do prédio, mas no segundo caso basta a presença de 125‰ do valor total do prédio.

▪ **Impugnação das deliberações sociais**

O **artigo 1433º nº1 e nº4**, diz-nos que as deliberações das assembleias de condóminos **contrárias à lei ou ao regulamento** são **anuláveis**, a requerimento de qualquer condómino que as não tenha aprovado, no prazo de **60 dias** a contar das mesmas. O **artigo 1433º** prevê vários prazos, mas este de 60 dias para impugnação perante o tribunal é o mais importante.

O **nº2** dita que a assembleia pode revogar as deliberações inválidas ou ineficazes. No caso de ser convocada uma assembleia extraordinária para um qualquer fim em causa, o prazo para requerer a anulação é de 20 dias a contar da mesma, segundo o **nº4**.

Segundo estas normas, qualquer ilícito produz anulabilidade nestes casos, o que joga mal com a teoria geral do negócio jurídico que estipula que para estes, a regra geral é a nulidade do **artigo 294º**, isto porque as deliberações são enquadradas na figura do negócio jurídico. Ainda assim, é frequente a **distinção entre as invalidades absolutas** (geradas pela violação de normas jurídicas injuntivas) e **as invalidades relativas** (geradas pela violação de normas jurídicas supletivas ou regras contratuais ou estatutárias), sendo que as primeiras seriam nulas e as segundas anuláveis. Apesar de este artigo apenas referir a anulabilidade como consequência, **devemos considerar como nulas as deliberações que violem normas injuntivas**.

O regime dos direitos reais é marcado pela oponibilidade *erga omnes*. É por isso que este é, em grande parte, um **regime injuntivo**, justamente porque a delimitação dos direitos reais convoca não só o interesse do titular do mesmo, como o confronto desse interesse com o dos titulares de outros direitos reais e todos os terceiros em geral.

Para o professor Caetano Nunes, mais importante são os princípios subjacentes às normas jurídicas e a interpretação sistemática que deve ser feita dos preceitos jurídicos. A doutrina mais atual considera, portanto, que o legislador “se esqueceu” da nulidade no **artigo 1433º nº1**, sendo que deve prevalecer a proteção normal das normas injuntivas, neste caso a nulidade cominada pelo **artigo 294º**, tendo em conta o seu regime jurídico consagrado no **artigo 286º**. A razão de ser é que estas normas injuntivas procuram também tutelar o **interesse público**, pelo que a injuntividade destas é forte e deve ser protegida. Assim, **todas as deliberações contrárias à lei devem ser nulas**.

Outra questão diferente é a das deliberações que sejam contrárias ao regulamento. Temos de ver este problema numa lógica de hierarquia: primeiro temos as normas injuntivas, em segundo surgem as normas supletivas e só a baixo da lei é que estão os regulamentos. Assim, **quando uma deliberação for contrária a uma regra que resulte dos regulamentos, a consequência jurídica deve ser a anulabilidade**, tal como prevista pelo **artigo 1433º nº1**.

Não obstante, este regime acaba por ser pouco detalhado e lacunar, pelo que a tendência é aplicar por analogia as regras do código das sociedades civis e comerciais, na parte relativa às sociedades anónimas que dispõe com muito mais minuciosidade sobre o funcionamento dos órgãos.

→ **Natureza jurídica do condomínio**

O condomínio não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. A atribuição de personalidade jurídica opera uma analogia de determinadas entidades idealizadas/ subjetividades jurídico-normativas com os seres humanos. Podemos definir este conceito dizendo que um ente com personalidade jurídica é, no fundo, um centro de imputação dos efeitos de normas jurídicas.

Hoje em dia é predominante dizer que o direito é essencialmente um conjunto de normas e a teoria do direito prevalecente é uma teoria baseada em pressupostos normativistas. Em teoria do direito, a descoberta de pessoas jurídicas/coletivas é feita por referência a normas jurídicas, mas nem sempre as normas jurídicas reconheceram a todos os seres humanos a personalidade jurídica, caso da escravatura.

Não é apenas a norma jurídica que diz quem tem personalidade jurídica. Podem existir normas que não atribuem personalidade jurídica em termos absolutos, a chamada **personalidade jurídica plena**, mas atribui determinados efeitos jurídicos (deveres, direitos, sujeições) a uma subjetividade jurídica distinta dos seres humanos, caso do condomínio que pode demandar e ser demandado em tribunal. Para alguns efeitos, **o condomínio tem personalidade jurídica rudimentar**. São efeitos atribuídos ao todo e não aos membros. Ter personalidade judiciária é um dos casos de personalidade jurídica rudimentar. Fora isso há algumas normas que atribuem direitos e deveres ao condomínio: o condomínio paga despesas, o condomínio paga impostos, por exemplo.

Outras formas de organização da propriedade coletiva sobre edifícios

- **Cooperativas de habitação** – são pessoas coletivas que podem ser proprietárias de um edifício e o direito a viver em cada apartamento depende de determinadas circunstâncias raras.
- **DRHP – O direito real de habitação periódica** é um direito real menor, que também implica um edifício em propriedade coletiva. Vamos aprofundar depois.
- Também é possível utilizar esquemas contratuais para estabelecer situações semelhantes à propriedade horizontal, mas sem conteúdo real. O prédio pertence a todos, mas alguém fica com ele por efeitos obrigacionais gerados por um contrato. Convenciona-se que alguém habita exclusivamente ao abrigo de um contrato meramente obrigacional (sem oponibilidade *erga omnes*). Tem que ver com a diferença entre direitos de crédito e direitos reais.

Código do registo predial

A existência de **registos públicos da propriedade sobre imóveis** é antiga e visou historicamente vários propósitos, desde alguns de natureza fiscal até outros de natureza pública. Parece consensual que os registos públicos dos imóveis são, atualmente, indispensáveis ao desenvolvimento social e esta acaba por ser uma visão universal. Um sistema efetivo de registo predial contribui, pelo menos, para a garantia do direito de propriedade, a tributação da riqueza imobiliária, a garantia do crédito, a eficácia das decisões judiciais relativas a imóveis, a redução dos litígios relativos a imóveis, o desenvolvimento dos mercados imobiliários, entre muitos outros fatores que encontram o seu desenvolvimento e proteção neste instrumento de imperiosa necessidade.

Importa acrescentar que o tema dos registos não releva apenas no plano dos direitos reais, é muito mais abrangente. Existe, por exemplo, o registo comercial, o registo de valores imobiliários e de instrumentos financeiros. Basicamente, a generalidade dos bens de maior valor está sujeita a registo, até porque hoje a riqueza está menos nos imóveis e mais nos instrumentos financeiros, nomeadamente nas ações das empresas.

→ Notas históricas

O surgimento do registo predial está **associado à necessidade de publicitar as hipotecas de forma a promover a sua segurança**, em particular a das hipotecas bancárias. A primeira lei portuguesa sobre este assunto foi o **DL de 26 de outubro de 1836**, denominado de “lei hipotecária”. Desde então foram inúmeros os diplomas sobre a matéria e a publicidade deixou de ser apenas em relação à hipoteca para passar a ser sobre todos os direitos reais: sobre coisas corpóreas e com oponibilidade *erga omnes*.

Na obra seminal “A riqueza das nações” de *Adam Smith*, filósofo utilitarista do século XVIII, referem-se as hipotecas. Este autor era essencialmente um jurista e teorizava sobre a organização das normas jurídicas através de um pensamento analítico. Era também o homem que fazia uma análise prática sobre as vantagens das reformas jurídicas. Falou nas hipotecas, dizendo que o seu registo era **necessário por razões de segurança para os credores (segurança para o crédito) e segurança para os compradores (para não comprarem gato por lebre)**.

A regulamentação do registo encontra-se no código do registo predial (CDRP) e tem de ser combinada com as normas do código civil. Nem sempre casam bem porque o código civil é retrógrado neste aspeto, não é inspirado nas palavras de *Adam Smith*. A jurisprudência dá mais voz ao código civil do que ao código predial. O CDRP em vigor foi aprovado pelo **DL 224/84 de 6 de julho**, mas sofreu entretanto numerosas alterações, das quais merecem destaque as introduzidas pelo **DL 116/208 de 4 de julho**.

→ Notas concetuais

Registo predial significa publicidade de direitos privados sobre prédios. Contudo, existem outros registos públicos sobre prédios, como as **matrizes prediais** e o **cadastro predial**. As primeiras reportam-se ao direito fiscal, como complemento das obrigações tributárias, ficando ao encargo do ministério das finanças. Já o cadastro predial tem que ver com a cartografia e ordenamento do território, estando ao cargo do ministério do ambiente ou aquele que tratar das questões relacionadas com o ordenamento do território. Funda-se numa ideia algo utópica de ter um cadastro de todo o território.

Idealmente, devíamos ter um único registo público dos prédios, uma única base de dados, coisa que aliás está há décadas na agenda dos governos, mas nunca foi alcançada pelo elevado custo que implica. O mais difícil é cruzar estes registos porque, muitas vezes, não são concordantes nem estão orientados da mesma forma. O mais difícil ainda até é cruzar o cadastro com os outros já que é baseado numa visão cartográfica do território. Se somarmos a informação que consta no registo predial teríamos dois territórios nacionais, isto porque é normalmente exagerado e sem precisão cartográfica.

→ Finalidades e objeto do registo predial

O **artigo 1º CDRP** dita que o registo predial se destina essencialmente a **dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário**. Este enunciado dá-nos os fins do registo, embora não esclareça quais são os efeitos das inscrições registrais.

Em termos gerais, é de dizer realçar que, relativamente à transmissão de direitos, as inscrições registrais podem desempenhar várias funções, nomeadamente as seguintes:

- Factos geradores de transmissão dos direitos;
- Factos integrantes de um processo de transmissão de direitos;
- Meros factos publicitadores de efeitos completamente produzidos por outros factos;
- Factos condicionadores relativamente a terceiros da produção de efeitos resultantes de outros factos.

Nos dois primeiros casos, o registo tem **efeito transmissivo-constitutivo**. No terceiro caso, o registo tem **efeito meramente enunciativo**. No último, o registo é **condição de eficácia ou de oponibilidade perante terceiros**. Sobre este último ponto, há que ter em conta que parte dos efeitos jurídico-reais, sobretudo no que toca ao lado externo, surgem com a inscrição registral.

O objeto do registo predial são factos jurídicos. Contudo, importa ter em atenção que são factos jurídicos **geradores de efeitos jurídico-reais**. Os efeitos são o critério, mas o objeto de inscrição são os factos. O efeito da inscrição do registo é a transmissão da propriedade, mas o facto inscrito é o contrato de compra e venda.

→ **Princípios orgânicos do sistema português**

Para estudarmos o sistema português de registo predial, há que observar quer as linhas essenciais do seu funcionamento, quer as linhas essenciais da sua organização. Daqui surge a importância de analisarmos os seus princípios orgânicos.

○ **Carácter estatal**

O registo predial é levado a cabo pelo Estado, por serviços estatais designados por **conservatórias do registo predial**, que são serviços externos da Direção-Geral dos Registos e do Notariado.

○ **Base real**

O registo predial está organizado primariamente em função dos **prédios** e não das pessoas. Por cada prédio há uma ficha, uma inscrição, que contém a descrição física (localização, confrontações e área), económica (valor do prédio) e fiscal (número da matriz) do mesmo, segundo o disposto no **artigo 79º CDRP**. As inscrições no registo predial são todas feitas por referência a uma dessas descrições.

○ **Descentralização**

O registo predial português está organizado descentralizadamente. Isto significa que há uma **conservatória por cada circunscrição territorial** e não um registo central. Até 2008, cada conservatória tinha competência exclusiva para praticar atos na sua circunscrição territorial, mas agora a base de dados é única a nível nacional, podendo ser acedida em qualquer conservatória. Entra o pedido de forma centralizada e depois o algoritmo vai verificar qual a conservatória que está mais disponível para adiantar o processo. Antes tinha de ser na conservatória específica.

Esta medida veio facilitar uma distribuição equitativa do trabalho pelas conservatórias, evitando a sobrelotação de umas e a quase inatividade de outras e, ao mesmo tempo, vem eliminar alguns dos impactos negativos da descentralização na vida das pessoas. Podemos concluir que se trata de uma **descentralização formal**, mas **materialmente é um regime centralizado**.

→ Princípios funcionais do sistema português

○ 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 **uma tal sanção não existe**. No entanto, alguns dos sistemas de registo aparentemente facultativos não o são verdadeiramente, por a sua não realização corresponder ao **desperdício de uma possível vantagem ou à submissão a uma possível desvantagem**. Em tais casos, o registo surge como um **ônus**. Daí que se fale em obrigatoriedade direta e obrigatoriedade indireta. Sobre esta matéria importa o **artigo 8ºA CDRP** e **8ºB CDRP**.

O **artigo 8ºA CDRP** enuncia como **regra geral a obrigatoriedade de registo**, abrindo-lhe poucas exceções. Importa referir sobre o **artigo 8ºB CDRP** que **os destinatários primaciais da obrigação de promover o registo não são os sujeitos dos factos relevantes, mas sim as entidades que lhes dão forma**. Nos termos do **nº1** dessa disposição, estas entidades são aquelas que celebram a escritura pública, autenticam os documentos particulares ou reconhecem as assinaturas neles apostas ou, quando tais entidades não intervenham, os sujeitos ativos do facto jurídico sujeito a registo.

○ Princípio da oficiosidade

Este princípio da oficiosidade contrapõe-se ao princípio da instância. Após a alteração legislativa de 2008, o registo predial passou a ser dominado, não só pelo princípio da obrigatoriedade, mas também pelo da oficiosidade. Até esta alteração, o registo predial era dominado pelo princípio da instância: **a inscrição dependia da iniciativa de quem para tanto tinha legitimidade**, dizendo a lei que tinham legitimidade para pedir registo os sujeitos, ativos ou passivos, da respetiva relação jurídica e, em geral, todas as pessoas que nele tinham interesse. Assim, o conservador ficava quietinho até haver iniciativa dos particulares.

Após esta alteração de 2008, **o notário passa a ter de enviar toda a documentação necessária para a conservatória de registo predial que, por sua vez, promove a inscrição registral**. Contudo, os particulares **continuam a ter legitimidade para pedir o registo**, isto nos casos de obrigatoriedade indireta.

○ Princípio da tipicidade

Estão sujeitos a registo não todos os factos e situações atinentes aos prédios, mas apenas **os factos e situações atinentes aos prédios tipificados na lei**. Há um *numerus clausus* dos factos sujeitos a registo. A tipificação é feita por referência aos efeitos jurídico-reais desses factos e encontra-se nos **artigos 2º e 3º CDRP**, sendo que ambos são bastante exaustivos.

- **Princípio da legalidade**

O conservador vai fazer uma apreciação da legalidade e tem o **poder-dever de recusar os pedidos de registo desconformes com a lei**. O conservador tem uma função de **controlo da legalidade**. A apreciação dos pedidos é feita tanto do ponto de vista da **legalidade formal**, como do da **legalidade substancial**, dado que verifica não apenas a identidade do prédio, a legitimidade dos interessados e a regularidade formal dos títulos, mas também a validade substancial dos atos neles contidos.

Os **sistemas de controlo podem ser de transcrição ou de homologação**. No sistema de mera transcrição, o conservador recebe a informação e transcreve-a para a base de dados, não formulando nenhum juízo acerca do pedido. No sistema da homologação, o conservador vai também transcrever a informação para uma base de dados, mas primeiro faz um controlo de legalidade do ato. Neste segundo sistema, o conservador só transcreve se houver validade.

Existe ainda um terceiro sistema de registo, o **sistema de depósito**, onde não há transcrição nem é apurada a sua validade, havendo um mero depósito da documentação. Contudo, isto não acontece no registo predial, mas acontece no registo comercial de cessão de quotas.

- **Princípio do trato sucessivo**

A realização de cada registo de aquisição ou oneração de um prédio depende de registo prévio de aquisição por parte do transmitente ou onerante (constituente do encargo). 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. Este princípio está consagrado pelo **artigo 34º nº1 CDRP**.

Isto significa que, num exemplo em que A vende uma casa a B, este só pode registar a seu favor se o imóvel estiver previamente registado a favor de A em trato sucessivo. Se, por exemplo, não tiver sido registado o facto que deu origem à compra e venda entre A e C (anterior proprietário do prédio), A não poderá registar a seu favor e o mesmo acontecerá com B, que vai ser afetado por esta situação.

Em complemento deste princípio temos a regra sobre a **legitimidade** do **artigo 9º nº1 CDRP**. Traduz-se aqui a ideia de que só podemos lavrar uma escritura pública de compra e venda se previamente houver o registo a favor do transmitente. Esta não é uma norma dirigida ao conservador do registo predial, mas antes ao notário que só realiza escrituras públicas se houver registo a favor do alienante. Estes dois artigos devem ser sempre conjugados.

Existem algumas **exceções a este princípio**. Há determinadas inscrições registrais que escapam à regra do princípio do trato sucessivo. É o caso do registo de ações judiciais; a penhora, o arresto e a apreensão insolvencial; a justificação notarial e a justificação pelo conservador.

▪ **Penhora, arresto e apreensão insolvencial**

Se o C for alvo de uma execução de penhora por parte de um banco X, ele vai ver o bem que comprou ao B penhorado mesmo que a compra e venda desse bem ainda não tivesse sido registada. É uma **inscrição de penhora provisória**.

Segundo o **artigo 119º CDRP**, se foi registada essa penhora provisória, a conservadora vai citar o titular do registo, nesse caso B, no prazo de 10 dias, para que este diga se a propriedade do bem lhe pertence ou se, pelo contrário, foi efetivamente transmitido ao C. A partir daqui podemos ter dois desfechos: ou o B confirma que a propriedade foi transmitida e aí a penhora do banco foi bem efetuada; ou o B opõe-se à penhora, declarando a propriedade sobre o imóvel como sua. Nesse segundo caso, entra em ação o **nº4** do mesmo artigo que dita que o B ficará numa situação de sujeição e vão todos para Tribunal resolver o caso.

Este mecanismo serve para proteger o banco e os credores em geral que possam estar a ser burlados ou enganados. Se não houvesse este mecanismo, os maus devedores estavam protegidos porque não registavam os bens que eram seus para ficar imunes à penhora por parte dos credores.

Na maioria dos casos, o X é um banco, já que os bancos são os principais credores. Normalmente os bancos portam-se bem e não abusam desse instituto do registo provisório da penhora. Imaginemos que B estava efetivamente a tentar vender a casa, mas não o tinha feito ao C. A consequência prática é que o juiz vai remeter para os meios processuais comuns, vai se provar que o B tem razão e a penhora desaparece. O problema é que, nesse entretanto, o B vai ter enorme dificuldade caso queira vender o bem, porque ninguém vai dar dinheiro por um imóvel penhorado, mesmo que provisoriamente. Esta situação é algo patológica, mas é possível. Temos de interpretar este artigo sempre na perspetiva de um devedor burlão, sem descurar a hipótese de haver também um credor burlão.

▪ **Registo de ações judiciais**

O **artigo 3º CDRP** dita que as **ações judiciais também são objeto de registo predial**. Num primeiro momento, o título do registo é a petição inicial. Por exemplo, se descobirmos que A não é o verdadeiro proprietário, mas é testa de ferro do Z, não há registo do facto que deu origem à transmissão do prédio entre os dois. Assim, podemos intentar a ação contra Z, independentemente do registo prévio, sendo que, num primeiro momento registamos a petição inicial e, posteriormente, a sentença.

Podemos até demandar os dois, tanto A como Z, mas para efeitos de registo não interessa, dado que passamos por cima da regra do trato sucessivo. Ao fazermos esta exceção ao princípio do trato sucessivo estamos a fechar a porta a abusos, situações intransponíveis por falta de registo, por parte de pessoas que não procedem ao trato sucessivo, mas abrimos a porta a abusos por parte do credor que intenta a ação. Pode haver alguém que sabe que não tem razão, mas regista a ação apenas para impedir a venda de um determinado prédio, sendo possível termos comportamentos patológicos dos dois lados. A verdade é que, na vida real, esta é a única maneira de proteger o credor, pelo que é algo virtuoso.

- **Justificação notarial e justificação pelo conservador**

Estas possibilidades estão reguladas pelo **artigo 116º e seguintes CDRP** e estão associadas sobretudo ao regime da **usucapião**, mas, em rigor, a qualquer situação de aquisição originária, como é o caso da acessão. A usucapião é uma das formas de aquisição originária da propriedade. Vamos imaginar que A é proprietário de um prédio, não por ter havido uma transmissão, mas porque teve a posse desse prédio por um determinado período de tempo. Para fazer o registo a seu favor, não vai ter um contrato de compra e venda como prova, mas vai antes ter de provar a posse do prédio em conjunto com um determinado lapso temporal. **Tem de haver um procedimento expedito de prova dos pressupostos da usucapião, para que com base nesses pressupostos, o conservador registe a propriedade a favor do C, sem atenção ao trato sucessivo.**

Este processo de justificação pode ser conduzido por um notário ou inteiramente na conservatória do registo predial. Antes de 2001 podia também ser feito em Tribunal, mas após essa data houve uma desjudicialização do processo. No caso de **justificação notarial**, A deve arranjar **duas testemunhas** que o vão acompanhar e ajudar a argumentar que tem a posse e o tempo, fundamentos necessários para que possa requerer a propriedade por aquisição originária.

No caso da **justificação pelo conservador** é semelhante. Faz-se um pedido, no qual se invoca a posse e o tempo, fundamentos para a aquisição, apresentam-se **três testemunhas** (mais uma do que no caso da justificação notarial). Há a publicação do conteúdo essencial da escritura e notificação do anterior titular do registo para que este possa ser contestar (princípio do contraditório), e depois há uma decisão final. Se o conservador considerar que o requerente tem razão, este passa a ser proprietário por força de uma aquisição originária.

Também podemos ter abusos nestas situações. Esta hipótese está dependente de notificação dos interessados, neste caso o antigo titular do registo ou seus descendentes. Se estes por alguma razão não receberem a notificação, o requerente pode só arranjar testemunhas falsas e ficar com a propriedade, sem que os antigos proprietários tenham sequer a oportunidade de contestar.

- **Princípio da prioridade**

Este princípio está consagrado no **artigo 6º nº1 CDRP** e dita que **se vários direitos registados são substancialmente incompatíveis, o que prevalece, como regra geral, é aquele cujo registo foi realizado em primeiro lugar**. A prioridade temporal é extremamente relevante em matéria de registo, dado que afeta as questões de oponibilidade *erga omnes* e também de publicidade que, de resto, dependem do registo predial.

Exemplo: há dois credores, X e Y, que estão a tentar penhorar bens do B para promoverem a satisfação dos seus créditos. Há um auto de penhora a favor do X datado de 2 de outubro de 2018, e outro datado de 3 de outubro de 2018 a favor do Y. No dia 4, vão os dois ao registo, mas o Y faz o registo às 9h01 e o X faz o registo às 9h02. Do ponto de vista registral, o Y tem prioridade temporal porque inscreveu a sua penhora no registo predial em primeiro lugar, apesar de o seu auto ser posterior ao do X.

Se estivermos perante registos que foram efetuados na mesma data, como é o caso, vamos recorrer à regra da **segunda parte nº1** que nos manda aplicar o critério da ordem temporal. Quer isto dizer que estes registos podem ter 1 minuto de diferença entre si, que vai sempre prevalecer o que foi registado em primeiro lugar.

A propósito desta regra, importa ver ainda o **nº3** que trata das questões de **registo provisório**. O registo provisório, como o próprio nome indica, é uma situação temporária que pode vir a ser efetivada, convertendo-se em registo definitivo, ou pode desaparecer por caducidade. Os registos podem ser provisórios por força de dúvidas que levarem ao conservador, por força da sua natureza ou por ambas as razões.

O que este **nº3** nos diz é que **se o registo provisório for convertido em registo definitivo, a data que conta para efeitos de prioridade temporal não é a data da conversão, mas sim a data em que foi efetuado o registo provisório**. Isto pode ser muito útil nos casos de **dupla alienação**.

Vejam os seguintes exemplos: se A vende um prédio a B e após a venda, mas antes do registo o prédio é penhorado no âmbito de uma execução movida por C contra B, é o registo da penhora que prevalece, mesmo que este seja provisório. Outro exemplo: Se B vende ao C um bem no dia 2 de outubro, mas também vende esse mesmo bem ao D no dia seguinte. O C regista no dia 4 às 10h e o D regista no mesmo dia, mas às 9h34. Tendo registado em primeiro lugar, é o D que fica com o bem. É o critério da prioridade do registo. Voltaremos a estes casos da dupla alienação mais tarde.

→ Factos sujeitos a registo

O elenco dos factos sujeitos a registo consta dos **artigos 2º e 3º CDRP**. O contrato de compra e venda que determine a aquisição de um direito de propriedade é um exemplo de um facto sujeito a registo. O elenco do **artigo 2º CDRP** é exaustivo e leva-nos a concluir que **a generalidade dos factos que possam gerar efeitos jurídico-reais é objeto de registo**.

Tão importante como saber quais os factos sujeitos a registo, é perceber quais os que não o são e é aqui que se torna importante olharmos para o **artigo 5º nº2 CDRP** que contém as **exceções aos factos sujeitos a registo**.

Em primeiro lugar, temos como exceção os **factos constitutivos da usucapião**. Não vamos levar a registo, em rigor, os factos que originam na esfera de um determinado sujeito o direito potestativo de usucapião, há antes um processo de justificação, como já vimos. A segunda exceção são as **servidões aparentes** porque, havendo sinais visíveis que elas existem, não há necessidade de registo, já é público.

Factos como a hipoteca, a consignação de rendimentos, a penhora, a insolvência e o arresto são objeto de registo predial. Existem, no entanto, dois direitos reais de garantia que não o são objeto do registo predial, sendo, por isso, exceções: **privilégios creditórios e direito de retenção**. São as chamadas **garantias reais ocultas**, porque não são publicitadas no registo predial.

→ Efeitos do registo predial

Há algumas clivagens terminológicas, contudo o conteúdo acaba por ser relativamente uniforme nos vários manuais. A versão terminológica que vamos adotar agora é a que encontramos no manual do professor Rui Pinto Duarte.

- **Efeito enunciativo ou declarativo**
- **Efeito constitutivo ou transmissivo**
- **Efeito de oponibilidade perante terceiros**
 - **Efeito consolidativo: crítica**
- **Efeito presuntivo**
- **Efeito de legitimação**

Os três primeiros são efeitos que convocam o que dissemos sobre as funções do registo, convocam o sofisticado tema da coordenação das regras do CC com o CDRP. Assim sendo, vamos começar por analisar os outros dois, para aprofundar estes depois.

- **Efeito presuntivo – presunção de existência do direito registado**

O efeito presuntivo determina que **a inscrição registral faz presumir a existência do direito real registado, bem como a sua pertença ao titular do registo**, como se retira do **artigo 7º CDRP**. Vejamos o seguinte exemplo de aplicação prática.

Numa **ação de reivindicação** tenho de alegar e provar que sou proprietário. Para isso tenho duas hipóteses: **i) alegar e provar os factos que dariam origem a uma aquisição originária** (não bastando a prova de uma mera aquisição derivada); **ii) alegar um facto do qual resulta uma presunção registral** – se eu tenho aquele prédio, presume-se que sou a proprietária, logo já não tenho de alegar a aquisição originária.

A **presunção resultante do registo pode ser destruída por dois modos**: demonstração de um vício do registo; demonstração de que o facto registado é inválido ou insuficiente para servir de base ao registo.

Nos termos do **artigo 1268º nº1** sobre a presunção da titularidade do direito, não há apenas uma presunção derivada do registo, há também uma **presunção derivada da posse**. Deste artigo resulta que **não apenas o registo faz presumir a titularidade do direito, mas também a posse faz presumir essa titularidade**.

Por fim, o **nº2** diz-nos que, **em caso de existência das duas presunções, prevalece a que for mais antiga, havendo um critério de prioridade temporal das presunções**. Isto significa que o código civil desvaloriza o registo predial, colocando em pé de igualdade a presunção derivada do registo e a presunção da posse, valendo a que for anterior.

- **Efeito de legitimação**

Este efeito deriva do **artigo 9º CDRP** e, na sua essência, está intimamente relacionado com o princípio do trato sucessivo. A **transmissão de direitos reais ou a constituição de encargos depende da prévia inscrição dos prédios, objetos da transmissão ou constituição de encargos, a favor do alienante ou daquele que constitui o encargo**. Isto significa que só podemos lavrar uma escritura pública se a situação do prédio em causa estiver regularizada no registo predial.

Exemplo: para que B possa alienar o seu prédio a C, este tem de estar previamente inscrito no registo predial a favor de B, caso contrário, o notário dirá que ele não tem legitimidade para alienar ao B e não vai lavrar a escritura de compra e venda a favor do C. É por esta razão que se considera que o registo predial tem um efeito de legitimação.

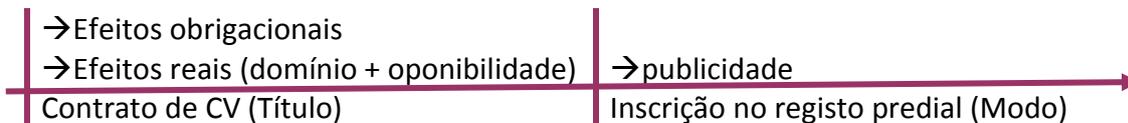
Posto isto, passamos agora aos tais três efeitos principais.

- **Efeito enunciativo ou declarativo**

Um **primeiro efeito dos registos é a publicidade em si mesma, independentemente de qualquer efeito jurídico específico**. Quer isto dizer que a inscrição no registo não significa a criação de qualquer efeito jurídico acrescido. Vejamos o exemplo seguinte.

A venda ao B um prédio. Este contrato de compra e venda tem por efeito a transmissão do direito real de propriedade desse prédio de A para B. Passados uns dias, fazem a inscrição no registo predial. Essa **inscrição no registo predial determina que a partir daí há publicidade, contudo, os efeitos jurídico-reais (domínio e oponibilidade *erga omnes*) tiveram o seu início logo na data de celebração do contrato** de compra e venda. Daí que se fale de um efeito meramente declarativo/enunciativo.

Com vimos, uma coisa é o título, outra é o modo. Nesse caso, o título (contrato de compra e venda) produz tanto efeitos obrigacionais, como efeitos reais. A inscrição registral produz apenas efeitos de publicidade. É caso para dizer que os efeitos do registo predial são mais fracos face aos efeitos do contrato de compra e venda.



- **Efeito constitutivo**

Nos casos em que o registo não tem efeito meramente enunciativo, tem efeito constitutivo. O que se passa nestas situações é que, por hipótese, o **contrato de compra e venda gera apenas efeitos obrigacionais, ao passo que os efeitos reais (domínio e oponibilidade *erga omnes*) apenas surgem com a inscrição do facto no registo predial**. Aqui temos o polo oposto do que vimos anteriormente: os efeitos do registo são mais fortes do que os do contrato, sendo que os efeitos reais surgem com o modo (inscrição no registo predial) e não com o título (contrato de compra e venda, neste caso).

O único caso onde isto acontece é o da **hipoteca**. Se olharmos para o **artigo 4º nº2 CDRP**, que nos diz que a eficácia dos factos constitutivos da hipoteca, mesmo entre as próprias partes, depende da realização do registo.



○ **Efeito de oponibilidade contra terceiros**

A regra geral é a de que **os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros a partir da data do registo**, como se lê no **nº1 artigo 5º CDRP**. A regra é situação intermédio, entre o efeito meramente enunciativo e o efeito constitutivo. Assim, a inscrição no registo predial não tem efeitos de mera publicidade, mas também não produz os efeitos reais todos, já que o domínio começa com o contrato. O efeito real do registo será o da oponibilidade contra terceiros.

Assim sendo, importa então perceber o que é que, no âmbito desta norma, são terceiros. Há que ter em atenção que esta regra do **nº1** não é perfeita e tem de ser complementada com o **nº4** que define o conceito de terceiros.

▪ **Terceiros para efeito de registo (artigo 5º nº4 CDRP)**

Nos termos do **nº4**, **terceiros para efeitos de registo são apenas aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si**.

Assim, este conceito de terceiros é **mais restrito** do que o normal (não são toda a humanidade, apenas alguns terceiros), sendo que o efeito de oponibilidade não opera contra todos ao mesmo tempo. Note-se que isto significa que para **todos os outros terceiros** (leia-se pessoas estranhas à relação jurídica e fora do âmbito do **nº4**), os **efeitos de oponibilidade surgem com o título**, isto é, com a celebração do contrato entre as partes. Enquanto que **para os terceiros que estão inseridos no nº4, a oponibilidade só surge com a inscrição do facto no registo predial, com o modo**.

Assim, nas palavras do professor Rui Pinto Duarte, podemos resumir esta norma da seguinte forma: *“em geral, a eficácia – 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 de outra direitos incompatíveis entre si, casos estes em que prevalecerá o direito inscrito em primeiro lugar”*.

→Efeitos obrigacionais	→Efeito real (oponibilidade – 3os do nº4)
→Efeito real (domínio)	Inscrição no registo predial (Modo)
Contrato de CV (Título)	

Estas regras que resultam do **artigo 5º CDRP** não são de leitura fácil em conjugação com as regras do CC, já que de acordo com este segundo, o sistema em vigor é do título, tendo o registo um efeito de mera publicidade. Se só existisse o código civil, **artigo 408º**, o que valia era o primeiro esquema em que **o registo apenas gera publicidade, sendo que a transmissão do direito de propriedade opera por mero efeito do contrato**.

Esta questão dos efeitos vai ser extremamente importante quando falamos de casos como o que vimos de dupla alienação. Vejamos o seguinte exemplo: A vende a B um prédio no dia 1/12/2018 e depois decide vender o mesmo imóvel ao C no dia 5/12/2018. Tendo em conta o **artigo 408º**, o direito de propriedade sobre o prédio passou automaticamente para a esfera jurídica de B aquando da celebração do contrato de compra e venda. Facto é que, se olharmos para o **artigo 5º nº1 e nº4 CDRP**, se C registar primeiro, ficará ele como proprietário do prédio.

Esta nuance é aceite porque se entende que o registo predial é a base de toda a segurança jurídica do mercado imobiliário. Por outras palavras, B, por não ter tido a diligência de efetuar o registo o quanto antes, saiu prejudicado desta situação, apesar de ter sido o primeiro a celebrar o contrato com A. Não estamos aqui a dizer que o comportamento de A não é censurável, mas é lógico que podem existir danos colaterais para quem não tome as diligências necessárias nestes casos.

- **Precipitado histórico – a querela doutrinal sobre o artigo 5º nº4 CDRP**

Para melhor entendermos a razão de ser desta norma, importa olharmos para o seu conteúdo histórico. O **artigo 5º nº4 CDRP** surgiu em 1999 na sequência do acórdão do STJ nº 3/99, que o legislador decidiu transformar em lei e que veio a dar origem a esta disposição. Por detrás deste acórdão estava a **corrente doutrinária de Coimbra, que restringia o conceito de terceiros para efeitos de registo predial**. Esta corrente invocava em sua defesa as palavras de **Manuel de Andrade**, segundo o qual, *“terceiros para efeitos do registo predial são as pessoas que do mesmo autor ou transmitente adquirem direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo prédio”*. **A restrição quanto a direitos provindos do mesmo autor ou transmitente incompatíveis entre si tornou-se pacífica**, mas ainda assim a doutrina discordava quanto ao verdadeiro alcance do termo “terceiros”.

O maior representante de uma interpretação maximamente restritiva foi o professor **Orlando de Carvalho**; numa posição oposta estavam **Carlos Ferreira de Almeida e Oliveira Ascensão**; ao passo que, **Antunes Varela**, apesar de aparentemente defender uma interpretação restritiva, assumia uma posição intermédia. Para os autores que iam contra a interpretação restritiva, incluindo o professor **Rui Pinto Duarte**, a interpretação fixada pelo acórdão não era a correta: entendiam que, por via de regra, a constituição e transmissão de efeitos reais não se dava apenas por um ato, mas por um processo, iniciado com o negócio que dá base à transação económica e culminando com a inscrição registral. Assim o registo predial teria um efeito transmissivo/constitutivo, no sentido em que seria uma etapa no processo de constituição/transmissão de direitos reais. Após o aditamento deste **nº4 artigo 5º CDRP** (pelo DL 533/99 de 11 de dezembro), a interpretação feita pelo **Ac. 3/99** tornou-se incontestável (*de jure condito*). Este é um caso em que chocam claramente a escola de Coimbra com a escola de Lisboa, sendo que o legislador acabou por dar prevalência à escola de Coimbra.

Importa ainda referir que, dois anos antes deste AUJ 3/99, houve um outro AUJ que tomou a direção fornecida pela escola de Lisboa, AUJ STJ 20/05/97, mas a orientação fixada acabou por ser a do segundo, AUJ 3/99.

- **Dupla alienação voluntária VS Dupla alienação involuntária**

Há outra questão que fica por resolver por este artigo, o caso das **duplas alienações involuntárias**. Exemplo é o caso em que A vende a B um prédio; no âmbito de um processo de penhora movido por C contra A, o primeiro regista a penhora antes de B registar a transmissão do direito de propriedade. **Para a escola de Coimbra, sobretudo Manuel de Andrade e Orlando de Carvalho, estes casos em que se trata de uma dupla alienação involuntária, devem ficar fora do âmbito do nº4 artigo 5º CDRP, não contando a interpretação restritiva do conceito de terceiros.**

O critério é a **voluntariedade da criação de direitos incompatíveis**, isto é, se o autor comum promoveu a dupla alienação de forma consciente e voluntária, deve ser aplicada a interpretação restritiva do conceito de terceiros, caso contrário, no exemplo em que vimos acima, já não deve ser aplicada a interpretação restritiva do conceito de terceiros. O que está na base desta conceção são **considerações de justiça e de ideologia fortemente esquerdistas**. Não nos podemos esquecer que a interpretação do direito também pode ter estas cargas.

O pensamento é: na dupla alienação voluntária, as pessoas prejudicadas tendem a ser consumidores, cidadãos normais que estão a tentar comprar uma casa. Por sua vez, nas situações de dupla alienação involuntária, quem penhora são os credores e os bancos, sendo que a pessoa que comprou a casa inocentemente seria prejudicada se considerássemos aqueles como “terceiros” para efeitos do dito nº4. Este é o raciocínio base. **A escola de Lisboa considera que a redação deste artigo favorece a sua interpretação: que deve abranger tanto os casos de dupla alienação voluntária, como os de dupla alienação involuntária.**

O professor **Pedro Caetano Nunes** considera que a corrente de Coimbra é uma má ideologia de esquerda, porque quem vai pagar esta insegurança não são apenas os credores, mas todos nós. **Isto vai gerar uma insegurança enorme na economia e nas transações económicas, pelo que deve ser considerada uma solução muito mal pensada** – PCN boss. Não obstante, é a solução defendida por dois grandes nomes da doutrina portuguesa como o são Manuel de Andrade e Orlando de Carvalho.

Apesar de tudo o que foi descrito, a jurisprudência, ainda que hesitante (AUJ de 20/05/1997 foi de acordo com a interpretação da escola de Lisboa), acabou por optar pela solução da escola de Coimbra (AUJ 3/99). É a única situação em que tivemos dois acórdãos uniformizadores de jurisprudência a apontar em sentidos opostos.

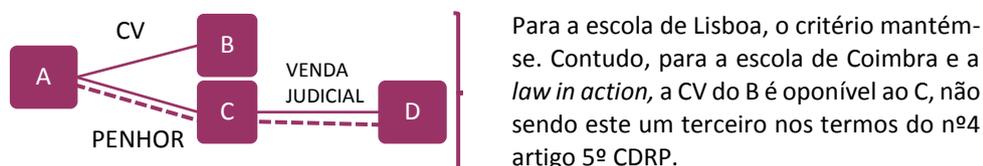
Facto é que a **jurisprudência continua a dar prevalência à solução da escola de Coimbra**, o que nos leva a concluir que **o artigo 5º nº4 CDRP deve apenas aplicar-se às situações de dupla alienação voluntária**. A *law in action* hoje em dia é favorável à tese de Coimbra. Contudo podemos alegar que a última letra do nº4 do artigo 5º não foi apreciado por esse AUJ por ser posterior, sendo que essa letra não é favorável à escola de Coimbra, porque é compatível tanto com uma alienação voluntária como involuntária.

- ➔ **Para a escola de Lisboa**, a *time line* desta situação seria a seguinte, para efeitos do nº4: o negócio jurídico gera efeitos obrigacionais entre as partes e de oponibilidade perante todos os terceiros que não os abrangidos pela interpretação restritiva e quer se trate de uma dupla alienação voluntária ou involuntária.
- ➔ **Para a escola de Coimbra**: no caso de dupla alienação voluntária é o mesmo que para Lisboa; mas nos casos de dupla alienação involuntária não; a oponibilidade *erga omnes* surge no momento da celebração do contrato para todos os terceiros, até para aqueles que estariam abrangidos pela interpretação restritiva; assim protegemos os adquirentes “normais” dos credores que, regra geral, são bancos e empresas.

→ Dupla alienação voluntária



→ Dupla alienação involuntária



→ Efeitos obrigacionais

→ Efeitos reais internos

→ efeitos externos c/ outros terceiros e terceiros em dupla alienação involuntária

Negócio jurídico (Título)

→ Efeitos externos, oponibilidade contra terceiros previstos no nº4 artigo 5º CDRP, (incluindo só dupla alienação voluntária)

Inscrição no registo predial (Modo)

Seguindo a escola de Coimbra e a jurisprudência atual, os efeitos externos distribuem-se em dois momentos, título e modo, consoante o tipo de terceiro na dupla alienação, tal como esquematizado. Assim terminamos o tema do regime geral da eficácia do registo predial previsto no **artigo 5º CDRP**, mas antes de fecharmos o capítulo, importa ainda falar do **artigo 291º** que também conflitua com o **CDRP**.

→ O problema do artigo 291º

Outro artigo problemático em termos de convivência com o regime do CDRP é o **artigo 291º**. Este artigo já nada tem a ver com a situação que estivemos a ver, mas trata de um caso de **alienação sucessiva**. Consideremos os seguintes factos: i) A vende um prédio ao B, mas essa venda foi provocada por coação física, sendo por isso nula; ii) o B regista o prédio a seu favor e vende o prédio ao C; iii) o A interpõe uma ação de reivindicação contra B e quer que o C proceda à devolução do imóvel; iv) O C indica que foi registar a venda a seu favor e que no registo estava já a favor de B. Estes são os casos de **alienação sucessiva** em que o **primeiro negócio é inválido**.



O regime do **artigo 291º** pode ser considerado como um **regime especial** face ao **artigo 5º CDRP**, sendo que o C, seguindo o exemplo, acaba por ficar menos protegido.

Como é que resolvíamos esta questão face ao artigo 5º CDRP? A e C têm pretensões incompatíveis sobre o mesmo prédio e a solução seria: se A registasse a ação de nulidade antes de C registar a compra e venda a seu favor, então A ficaria com o direito de propriedade; se C registasse a aquisição antes de A registar a ação de nulidade, então C ficaria como proprietário, valendo o **critério da prioridade temporal no registo**. (Isto se não existisse o artigo 291º).

Pelo **artigo 291º**, o critério temporal é mais complexo e podem surgir três situações:

- **(1) o registo da ação de invalidade é anterior ao registo da transmissão;**
- **(2) o registo da ação é posterior ao registo da transmissão, mas ainda não passaram 3 anos desde a aquisição (no caso, aquisição pelo C);**
- **(3) o registo da ação é posterior ao registo da transmissão, mas já passaram 3 anos.**

Ora, em (1), se o registo da ação é anterior ao registo da transmissão, prevalece o direito de A. Em (2), continua a prevalecer o direito de A porque, apesar de ter registado a sua ação de nulidade após C ter registado a transmissão, fê-lo dentro do prazo de legal de 3 anos, o que possibilita que a ação seja oponível a C. Em (3), será a única hipótese em que prevalece o direito de C, isto porque A registou a ação quando já passaram 3 anos sobre o negócio inválido.

A lógica é a seguinte: em (1), A tem de ganhar sempre, porque regista a sua ação de nulidade ainda antes de C registar a transmissão; em (2), A ganha devido ao **nº2 artigo 291º** que lhe concede este prazo de 3 anos mesmo após o negócio a favor C; (3) acaba por ser o reflexo de (2), sendo que o prazo concedido pelo **nº2** já expirou e C passa a ser o legítimo proprietário, independentemente da invalidade do primeiro negócio jurídico.

A hipótese (2) é completamente contrária ao regime do **artigo 5º CDRP** e, na opinião do professor Caetano Nunes, é injusta e põe em causa a fé pública no registo predial, dado que C foi efetivamente o primeiro a proceder ao registo, neste caso da transmissão. O legislador está a atribuir uma vantagem ao A mediante o **nº2 artigo 291º**, dado que se ele registar a ação nos 3 anos subsequentes a C ter concluído o negócio vai poder vencer a ação, independentemente do registo a favor de C. A crítica que o professor Caetano Nunes faz é que esta situação retira confiança ao registo predial e põe em causa a segurança das transações económicas e considera que seria preferível A perder a ação e depois entender-se com B, tendo direito a uma indemnização. Para o professor Caetano Nunes, o **artigo 291º** devia desaparecer e estas situações deviam ser reguladas pelo **artigo 5º CDRP**.

Importa ter em conta que este regime do **artigo 291º** tem mais dois requisitos importantes para que possa ser aplicável: **oneridade do negócio jurídico** em causa e **boa fé do terceiro**, sendo que, nos termos desta disposição, o terceiro está de boa fé quando, no momento da aquisição, desconhecia sem culpa o vício do negócio nulo ou anulável. Se o C não estiver de boa fé ou a transação de B para C não for onerosa, vai prevalecer sempre o direito do A.

Com a evolução das tecnologias este tipo de problemas começa a ser menos frequente. A tendência é a de haver uma concentração temporal entre o título e o modo. Ao fazer-se tudo online, faz-se o negócio jurídico ao mesmo tempo que se faz o pedido de registo. Ao desaparecer o tempo entre o título e o modo, aumenta-se substancialmente a segurança nas transações económicas, acabando com este género de problemas que estivemos agora a aprofundar.

Aspetos específicos do direito de propriedade sobre águas

Professor Caetano Nunes: *“Isto demorará, espero eu, não mais do que 15 minutos”*.

Em primeiro lugar, importa referir que a propriedade privada de águas é cada vez mais um problema relevante devido às questões ambientais e económicas, uma vez que a água é cada vez mais um bem escasso. Acontece que as normas do código civil sobre este tema foram criadas na altura em que era um bem abundante e remontam sobretudo ao mundo rural (problemas entre vizinhos no acesso à água) pelo que este regime merecerá fortes alterações em breve.

Em segundo lugar, há que distinguir entre **águas privadas** e **águas públicas** consoante se tratem de águas sujeitas a propriedade privada ou águas sujeitas a propriedade pública. Os critérios de distinção são os mesmos da distinção entre direito privado e público, mas neste ponto apenas interessam as águas privadas. Nos termos do **artigo 204º nº1 b)**, as águas são **coisas imóveis**.

Tecidas estas considerações genéricas muito vagas, vamos avançar para elementos concetuais. O regime geral da propriedade sobre águas resulta do **artigo 1385º e seguintes**. Em termos de definição, se conjugarmos o **artigo 1385º** e o **artigo 1387º**, vemos que o direito de propriedade sobre águas, enquanto imóveis, inclui os leitos, as margens e todas as construções destinadas à sua captação, derivação e armazenamento. Explicados esses aspetos definitórios, entendemos a classificação como imóvel pela sua analogia aos prédios, devido ao tratamento jurídico similar.

Os elementos do conceito de águas privadas são desenvolvidos no confronto com o conceito de águas públicas. Resulta do **artigo 1386º** que **são águas privadas as que existem nos prédios, quer à superfície, quer no subsolo**. Portanto, o que resulta da letra da lei é que as águas que se encontram nos prédios são privadas, pelo menos aparentemente. Acontece que nem sempre é assim, este artigo vai ser restringido pela nossa Constituição e por outras normas, devendo ser conjugado com o **artigo 84º nº1 CRP**, que procede à distinção das águas que se encontram no domínio público. A CRP dá-nos a visão de que os jazigos minerais pertencem ao domínio público, voltamos a ter aqui a necessidade de confrontar estas normas com as do CC e fazer interpretações restritivas conformes à Constituição, donde resulta que são **águas públicas, i) as águas territoriais e os fundos marinhos contíguos, ii)** são também águas públicas **os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, bem como os respetivos leitos**.

É esta segunda parte ou categoria que restringe a propriedade privada sobre águas, dado que se tivermos um lago num prédio privado e se esse lago for navegável, então já pertencerá ao domínio público. Há ainda a acrescentar que **captação de águas para consumo humano está sujeita a concessão pública**. Apesar de ter uma nascente de água para consumo, só posso fazer captação dessa água se tiver concessão pública.

Regras de aproveitamento das águas (regras que regulam as águas privadas)

As regras sobre as águas particulares vêm nos **artigos 1389º e seguintes**. O **artigo 1389º** diz-nos que o dono do prédio onde haja uma nascente pode servir-se dela, mas não a pode explorar.

Esta primeira regra postula a **autonomia das águas face aos prédios**, o que significa que podemos fruir, usar e dispor das águas independentemente do uso ou fruição do prédio. No limite, posso dispor das águas sem dispor do prédio em si, da mesma forma que posso vender ou arrendar as águas sem vender ou arrendar o sítio onde elas estão. Há autonomia entre o direito de propriedade sobre prédios e o direito de propriedade sobre as águas.

A segunda ideia é não confundir as **águas em prédio alheio** com **servidões de águas**. Uma coisa é ser-se proprietário exclusivo de águas, outra coisa relativamente próxima, mas distinta, é haver servidões em benefícios de proprietários de prédios distintos sobre águas, e aí teremos servidões de águas, que falaremos mais tarde.

O regime do código civil abarca essencialmente quatro realidades, quatro momentos, no que toca ao estudo das águas.

Em **primeiro lugar**, os direitos dos donos dos prédios onde existam fontes ou nascentes, **artigos 1389º, 1390º, 1391º e 1392º**. Daqui resulta que, em princípio, o **direito de usar das águas provenientes destas fontes ou nascentes pertence ao proprietário do prédio onde elas se situam**, excetuando os casos da propriedade destas ser a favor de terceiros ou haver servidão de água a favor de terceiro. O **artigo 1392º** permite que a população local utilize estas águas, tendo em conta alguns limites.

Em **segundo lugar** o regime trata dos **direitos dos proprietários de prédios inferiores, artigo 1391º**. Porque é que a lei faz esta regulação? Devido à lei da gravidade, a água tende a escorrer para os prédios inferiores e a lei estabelece que os proprietários destes também podem usar estas águas. Prédio inferior é aquele que está numa quota inferior face àquele onde se encontram as fontes ou nascentes.

O **terceiro aspeto** tem que ver com os direitos dos proprietários dos prédios onde se encontrem águas subterrâneas. Este regime incide sobre a **captação de águas subterrâneas**. Em primeiro lugar, há o **direito de procurar águas**, ou seja, fazer furos. Tendo em conta que hoje em dia os furos são sobretudo verticais e não artesianos (horizontais), surgem alguns problemas. Vamos imaginar o seguinte: estamos no Alentejo, onde tudo é plano; o tio Joaquim faz um furão de 100m e consegue tirar alguma água; mas o tio Manuel consegue furar ainda mais fundo e tira ainda mais água; isto faz com que o tio Joaquim passe a não ter qualquer água. O que furou em segundo lugar foi mais fundo, fazendo com que os outros, que também têm direito àquelas águas, percam a possibilidade de as ter.

Quem furar mais fundo, vai diminuir o caudal de terceiros. Nos termos do **artigo 1394º nº2**, a diminuição do caudal por terceiros não é ilícita. O professor considera que esta norma tem os dias contados, já que é incompatível com o facto de a água ser um bem cada vez mais escasso.

Por fim, o **quarto aspeto** é o **regime do condomínio das águas** previsto no **artigo 1398º e seguintes**. É o regime da contitularidade de águas e é semelhante ao que vimos sobre a compropriedade de imóveis.

Aspetos específicos do direito de propriedade sobre bens móveis

Não vamos fazer um estudo exaustivo desse tema, vamos antes ver os aspetos que o diferenciam do regime comum do direito de propriedade.

Transmissão

→ Aquisição originária

Uma primeira forma de aquisição é a **ocupação**. Hoje em dias só é permitida a ocupação de **coisas móveis sem dono** e não imóveis. Depois há um regime especial que regula a ocupação dos animais de caça. Outra forma é a **acessão mobiliária**, regulada nos **artigos 1333º a 1335º**, que é **sempre industrial**, por ato humano nunca natural.

→ Aquisição derivada

Aqui importa recordar o **princípio da consensualidade ou consensualismo** consagrado no **artigo 408º**. Significa que, ao contrário dos bens imóveis, a entrega da coisa, a **traditio não é relevante para efeitos de transmissão da propriedade de bens móveis**. Isto porque os efeitos reais surgem com o título e não com o modo.

Nota de direito comparado: Na generalidade dos países europeus vale a regra de que a posse dos móveis vale título. Esta regra de origem francesa dita que a pessoa que tem a coisa móvel nas suas mãos, tem a posse, será considerada proprietária. Contudo não se pratica esta regra em Portugal, dando-se uma grande importância ao título que não encontra paralelo noutros ordenamentos jurídicos. Isto é relevante porque vivemos num mundo global e surgem confrontos de várias ordens sobre este tipo de questões.

○ exceções ao artigo 408º

- Em primeiro lugar, **há bens móveis que estão sujeitos a registo** (automóveis, embarcações e aeronaves), não se colocando a questão supracitada sobre estes.
- Em segundo lugar, se houver **reserva de propriedade**, a transmissão opera de acordo com as regras da reserva de propriedade.
- Em terceiro lugar, temos a questão dos **contratos quoad constitutionem**, contratos que apenas se formalizam com a entrega da coisa, como é o caso do mútuo. O que afasta a ideia de que os efeitos se produzem com o título.

Acontece que estas duas últimas situações não configuram verdadeiras exceções, sendo que, no caso do mútuo, por exemplo, não há uma verdadeira transmissão da propriedade. Depois há o contrato de penhor que, para se constituir, é necessária a entrega da coisa: este sim já é uma verdadeira exceção face ao princípio do título.

Por fim, importa notar o caso dos bens móveis sujeitos a registo. O que é importante acrescentar é que a teoria geral deste registo está no CDRP, sendo que a tendência é aplicar as regras que já vimos, mas com as necessárias adaptações. Relativamente ao registo automóvel, as regras acabam por ser verdadeiramente semelhantes, mas para as aeronaves e embarcações, o registo aparenta ter efeitos meramente enunciativos e não serve como condição de oponibilidade *erga omnes*. Quanto às hipotecas sobre embarcações e aeronaves, o registo destas tem sempre efeito constitutivo.

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. Esta é uma figura **meramente doutrinária e sem acolhimento legal**. A lei portuguesa não se refere à propriedade fiduciária. E se assim é, por força dos princípios de legalidade e da tipicidade, que norteiam os direitos reais, propriedade fiduciária não existe enquanto tal.

Há, porém, uma discussão doutrinária muito relevante sobre este tema. Na advocacia do mundo dos negócios é relevante, mas importa ter sempre em conta que é uma figura cujos contornos são obrigacionais, nunca reais, não havendo oponibilidade *erga omnes*.

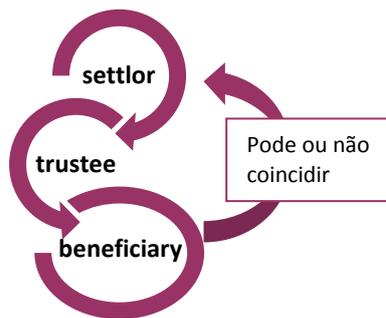
A propriedade fiduciária encontra a sua **origem no direito romano**, onde existiam três figuras: *fiducia cum creditore*; *fiducia cum amico* e o *fideicomissum*.

- Na **fidúcia cum creditore (com credor)** há uma transmissão da coisa para o credor para garantia da dívida: A empresta dinheiro a B e este transmite-lhe a propriedade de um prédio para garantir essa dívida; se B pagar a dívida, A devolve-lhe o prédio, caso contrário fica o A como proprietário. É a propriedade como garantia do crédito.
- Na **fidúcia cum amico (com amigo)** há também uma transmissão do direito de propriedade. Desta vez não para o credor, mas para um amigo. Esta figura podia ter várias funções sociais: emprestar a coisa, guardar a coisa enquanto o proprietário vai fazer uma viagem, entre outras.
- A figura do **fideicomissum (fideicomisso)** é a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro (fiduciário) o encargo de conservar ou transmitir a herança, para que ele reverta, por sua morte, a favor de outrem (fideicomissário).

As duas primeiras figuras ficaram perdidas na história, mas esta última, o fideicomisso ainda se encontra hoje consagrado no **artigo 2288º**. Assim, não existe qualquer referência à propriedade fiduciária no nosso ordenamento, com exceção do encargo previsto nessa disposição que tem carácter real e é oponível *erga omnes*. No mundo anglo-americano, as duas primeiras figuras existem sob a forma do “*trust*” que surgiu no tempo das cruzadas: *toda a nobreza inglesa bazava para as cruzadas e deixa a sua propriedade lá com os “amigos”*.

Trust: propriedade fiduciária inglesa

No direito inglês e, por extensão, na família anglo-americana, a propriedade fiduciária manifestou-se e manifesta-se sobretudo por meio da figura do *trust*, cujos contornos, especificidade e importância são bem conhecidos. Trata-se da situação em que **a propriedade é atribuída a alguém (trustee) que está sujeito à obrigação de prosseguir não o seu interesse, mas o interesse de um terceiro (beneficiary)**. Quem atribui a propriedade é o **settlor** que pode coincidir ou não com o *beneficiary*. Tem por base uma **relação de confiança**, a fidúcia.



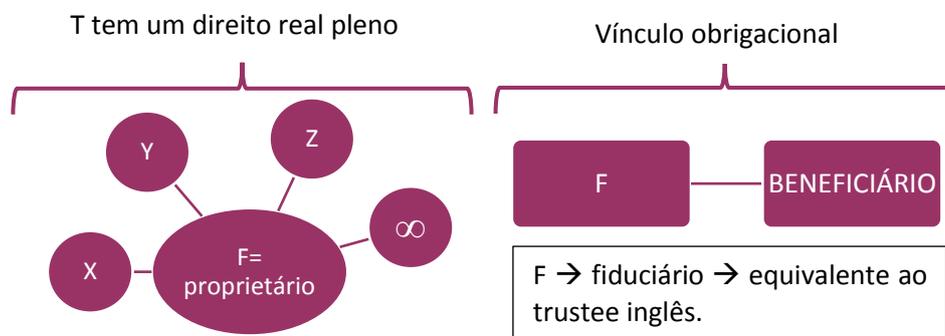
Nesta situação, há um excesso de meios face aos fins, sendo que estamos a atribuir ao fiduciário um grande poder. O *trustee*, agora proprietário, tem meios excessivos para atuar no interesse de outrem. Apesar de só dever atuar no interesse de quem lhe confiou a propriedade, ele pode fazer tudo o que a propriedade lhe permite. Isto significa que há um risco de desvio ou abuso de poder.

Fidúcia germânica

A fidúcia germânica é **conhecida por mão fiel e tem duas vertentes**. A tradicional é de origem medieval e era uma forma de propriedade especial em que o fiduciário tinha limitações no seu direito de propriedade, sendo que não se podiam falar num direito de propriedade pleno. Esta **mão fiel medieval** caiu em desuso e a partir do séc. XIX os alemães recuperaram a ideia de fidúcia romana, recuperação esta feita por académicos com base no estudo do passado romano.

Esta segunda mão fiel baseada no passado romano, foi concebida como uma propriedade plena, sem qualquer limitação do ponto de vista dos direitos reais e o elemento de fidúcia não tinha um carácter real, tinha um conteúdo obrigacional: havia uma obrigação de atuar em interesse de outro. Assim, não há um tipo distinto de direito de propriedade. Os atos que pratica são atos com plena eficácia, com oponibilidade *erga omnes*. Apenas há uma obrigação, em sentido técnico-jurídico, de atuar em interesse de outrem. Atualmente, abandonou-se completamente a corrente medieval, e a propriedade fiduciária germânica não é uma figura real autónoma, é antes um direito de propriedade puro associado a uma estrutura obrigacional.

Atualmente, a prática fiduciária é:



A estrutura contratual é simples de perceber, é dupla: por um lado, temos um contrato com eficácia real, de transmissão de propriedade para o fiduciário; por outro, há um vínculo obrigacional em que o fiduciário se obriga a exercer os direitos no interesse de outrem. Pode ser um documento ou dois, mas em geral autonomizam-se.

Direitos reais de gozo menores

- Usufruto
- Direito de uso e direito de habitação
- Direito de superfície
- Servidões prediais
- Direito real de habitação periódica (DRHP)

Usufruto

O **artigo 1439º** define **usufruto** como o **direito de gozar temporariamente e plenamente de uma coisa ou direito, sem alterar a sua forma ou substância**. Importa, antes de mais, evidenciar que o usufruto é um direito real menor que coexiste com o direito de propriedade, isto é, **não existe direito de usufruto sem existir direito de propriedade**.

Quando existe um direito de usufruto, é comum usar-se a expressão “**nua propriedade**”, porque o usufruto **implica direitos e faculdades que contraem o direito de propriedade** de tal forma que se considera que o proprietário está nu, despido. Aqui importa ter em conta a característica de elasticidade dos direitos reais que já vimos, na medida em que o nascimento de um direito de usufruto contrai o direito de propriedade, mas este volta a expandir-se (retoma sua forma original) assim que se extinguir o direito de usufruto criado.

Qual o conteúdo deste direito real menor? No **artigo 1446º** lê-se que “*o usufrutuário pode usar, fruir e administrar a coisa ou o direito como faria um bom pai de família, respeitando o seu destino económico*”. É da leitura desta norma que retiramos que o conteúdo do direito do usufruto integra essencialmente o **gozo e a fruição da coisa, mas não a disposição**.

Para além desta ideia, há que ter em conta que, por força do **artigo 1439º**, **não é possível alterar a forma ou a substância da coisa**, mas em contraponto, **aditem-se transformações**. Não posso alterar a forma ou a substância, apesar de a poder transformar. Esta conclusão resulta do **artigo 1449º** que nos indica que o direito de usufruto **abrange as coisas acrescidas a todos os direitos inerentes à coisa usufruída**, o que suporta algum poder de transformação.

O **artigo 1452º** trata do usufruto de coisas deterioráveis, estabelecendo que o **usufrutuário pode usar a coisa até ao ponto de ela se deteriorar, mas não pode fazer uso diverso daquele que lhe é próprio**. O **artigo 1478º** também abarca esta questão da transformação e determina que, **em caso de perda parcial da coisa, o direito de usufruto continua na parte restante**.

Estes artigos que foram elencados confirmam a possibilidade de transformação da coisa, mas sempre com o limite dos **artigos 1439º** e **1446º** que proíbem a alteração da forma e substância da coisa. Exemplo de uma transformação que altere a substância é o caso de o usufrutuário transformar um prédio rústico em prédio urbano, aí estará a extravasar os seus poderes.

Ainda em sede de considerações gerais sobre o usufruto, é relevante considerar os **objetos possíveis do direito usufruto**. Como resulta da definição legal, **o usufruto pode ter por objeto não apenas coisas corpóreas, mas também direitos**. Por regra, na prática social mais frequente, o usufruto incide **sobre coisas**: A tem a propriedade e em conjunto com a propriedade, tem o direito menor de usufruto. Mas também é possível o A ter apenas o direito de superfície, transmitindo o usufruto. Nesse caso o usufruto não incide sobre a coisa, mas **sobre o direito superficiário**.

Com esta **maior estratificação do direito**, o usufruto pode **coexistir com o direito de superfície**. Assim sendo, existem nesta situação, pelo menos, três direitos reais sobre o mesmo prédio: o do fundeiro, o do superficiário e o do usufrutuário da superfície. Aqui o usufruto surge, não como direito real menor que onera o direito de propriedade, mas como direito real menor que onera o direito de superfície que, por sua vez, onera o direito de propriedade. Nestes casos, as faculdades do usufrutuário serão essencialmente as mesmas e o direito incidirá sobre o que está construído à superfície.

Carácter temporário do direito de usufruto

O usufruto é um direito real com **carácter temporário**. Isto significa que não dura para sempre e acaba por se extinguir, em contraposição ao direito de propriedade, esse sim pleno e intemporal que não se extingue por decurso do prazo. Temos de ter em conta que em sede de direitos reais menores, a regra geral é serem temporários.

A lei refere-se expressamente ao carácter temporário do usufruto no **artigo 1443º**. Sendo constituído **a favor de uma pessoa singular**, **o usufruto não pode exceder a vida do usufrutuário**, o que significa que, na melhor das hipóteses, o direito de usufruto será vitalício. O mesmo artigo indica que, no caso de o direito de usufruto ser constituído **a favor de uma pessoa coletiva, pública ou privada, terá como duração máximo o período de 30 anos**. A hipótese socialmente mais típica é a dos ascendentes transmitirem a propriedade aos seus descendentes, ainda em vida, reservando para si o direito de usufruto até à sua morte. O limite temporal, neste caso, será a vida do ascendente. É com base nesta lógica de tipicidade social que o usufruto a favor de pessoas singulares tem com limite máximo a vida do usufrutuário.

Ainda a propósito do carácter temporário, o **artigo 1441º** fala sobre a possibilidade de constituir não apenas um usufruto, mas vários usufrutos. Estes vários podem ser **usufrutos simultâneos**, e aí há uma **contitularidade de situações de usufruto no mesmo período temporal**, ou podem ser **usufrutos sucessivos**, primeiro um depois o outro. Exemplo do primeiro é quando os avós doam uma casa ao neto, mas reservam para si o direito de lá ficarem até ambos morrerem. Exemplo do segundo caso, é o do Joaquim que tem o usufruto durante um certo tempo e passado esse período, é a Joaquina que passa a ter o usufruto por outro período.

Há aqui uma importante limitação legal, **não pode haver usufruto para uma pessoa que ainda não nasceu**, ou seja, só pode haver usufruto sucessivo quando a o segundo usufrutuário exista ao tempo da constituição do direito do primeiro usufrutuário. Nesse caso há a limitação de que a Joaquina tem de existir à data da criação do usufruto.

Em conjunto com as regras sobre o carácter temporário do usufruto, importa ter em conta a sua transmissibilidade, já que **a transmissão do usufruto tem de ser conjugada com as regras sobre o carácter temporário**. Imaginemos o exemplo em que o Joaquim tem um direito de usufruto vitalício e decide trespassá-lo para o João. Acontece que, seguindo a regra do **artigo 1443º**, esse o direito de usufruto extingue-se com a morte do Joaquim, coisa que não muda com o trespasse. Ou seja, apesar de ele passar o direito para o João, o usufruto extingue-se na mesma com a morte do Joaquim.

E se for o João a morrer? Perante esta situação temos duas posições doutrinárias opostas: o professor Carvalho Fernandes, por um lado, que considera que esta será uma causa de extinção do usufruto; já o professor Oliveira Ascensão entende que, neste caso, o usufruto passará para os seus descendentes e que só se extinguirá com a morte do primeiro usufrutuário. A posição do professor Oliveira Ascensão é a mais acolhida e é aquela que é defendida também pelo professor Rui Pinto Duarte e pelo professor Pedro Caetano Nunes.

Para concluir, importa ter em conta que a limitação temporal do direito de usufruto visa impedir a perpetuação da divisão dos poderes sobre a coisa seu objeto e as respetivas consequências potenciais, no que toca à sua conservação e ao seu desenvolvimento: o usufrutuário não investir, por não ser o dono, e o dono não investir, por não ter direito ao rendimento. Lugar paralelo e conexo da limitação temporal do usufruto é a proibição do fideicomisso com mais de um grau (artigo 2288º).

Transmissibilidade limitada do usufruto

Esta matéria é regulada pelo **artigo 1444º**, que configura a possibilidade de trespasse do usufruto. Nos termos do **nº1**, é possível **trespasar e onerar o usufruto**, o que significa que estamos perante dois modos de **transmissão *inter vivos***. Por outro lado, e como resulta do **nº1 a)**, **não é admitida a possibilidade de transmissão *mortis causa***. O chamado “trespasse” joga com o carácter temporário do usufruto, como já vimos. **O professor Caetano Nunes considera que não é possível o trespasse em mais do que um grau, mas existe a possibilidade, para aquele a quem foi trespasado o direito, de transmitir esse direito para os seus descendentes em caso de morte**, como de resto já tinha sido dito a propósito da tese do professor Oliveira Ascensão.

A leitura que o professor Caetano Nunes faz do **artigo 1444º** é que a lei distingue usufrutuário de trespasado, sendo que não há base legal para o trespasse em segundo grau. Ainda assim, **o trespasse do direito de usufruto é algo socialmente atípico**, fruto do reduzido valor económico deste direito, o que deriva das suas limitações temporais. O limite “vida do usufrutuário” é demasiado incerto e leva a que os agentes económicos não queiram investir muito dinheiro neste tipo de situações.

Modos de constituição

Sobre esta matéria temos do **artigo 1440º** que nos diz-nos o usufruto pode ser constituído por **contrato, testamento, usucapião ou disposição legal**. Apesar de já ter existido, atualmente o nosso código civil não contém qualquer norma específica que preveja a constituição do usufruto, sobrando, por isso, três possibilidades. Quanto à usucapião, acaba por ser uma hipótese académica, pelo que as verdadeiras fontes do usufruto são o contrato e o testamento.

Ainda acerca da constituição do usufruto, importa fazer referência à contraposição entre **constituição per translationem** e **constituição per deductionem**. No primeiro caso, o usufruto é constituído a favor de outrem que não o proprietário pleno constituinte do usufruto; no segundo caso, o proprietário pleno constitui o usufruto a seu próprio favor, deduzindo-o à sua propriedade que aliena (exemplo dos avós).

Direitos do usufrutuário

O usufrutuário goza sobretudo de três direitos:

- **Gozar plenamente a coisa ou o direito (artigo 1439º e 1446º)** – a lei define o usufruto com recurso à ideia de “gozo pleno” e esclarece que este engloba o uso, fruição e a administração, ou seja, tendencialmente todos os poderes exercíveis sobre uma coisa, à exceção do de dispor da mesma.
- **Transferir os seus poderes para as indemnizações devidas em caso de deterioração ou perda da coisa (artigo 1480º)** – em caso de a coisa se perder, deteriorar, se expropriada ou requisitada, ou de suceder qualquer outro facto análogo e haver lugar a indemnização, o usufruto passa a incidir sobre a mesma. Isto significa que em tais casos, o direito à indemnização (única) fica desdobrado em sua titularidade e em usufruto.
- **Ser indemnizado pelo valor das reparações extraordinárias a que proceda licitamente (artigo 1473º)** – apenas lhe cabe avisar em tempo o proprietário, para que este, querendo, as mande fazer; se, porém, o proprietário não as fizer e elas forem de verdadeira utilidade o usufrutuário pode fazê-las a expensas suas e exigir, de imediato, ao proprietário o que gaste ou, no momento da cessação do usufruto, o valor que elas tenham, se o mesmo for inferior ao seu custo. O mesmo não se pode dizer das reparações ordinárias, em relação às quais o usufrutuário se encontra obrigado por força do **artigo 1472º**.

Obrigações do usufrutuário

O **artigo 1468º** prevê o **dever de relacionar os bens** e o **dever de prestar caução**, as suas **alíneas a) e b)** respetivamente. O **artigo 1470º** tem o regime para a falta de caução. No **artigo 1446º** encontramos o **dever de fazer um bom uso da coisa, respeitando o seu destino económico**. Podemos dizer que o dever de relacionamento dos bens e a prestação de caução são instrumentais face a este último de fazer um bom uso da coisa.

O usufrutuário tem a obrigação de **assegurar as despesas de administração e despesas com reparações ordinárias**, apesar de a epígrafe do **artigo 1472º** fazer menção apenas às “reparações ordinárias”. Contudo, o **nº3** prevê a possibilidade de **renúncia liberatória**. Assim, é possível aos titulares de direitos reais menores renunciarem, eximirem-se aos seus deveres, obrigações *propter rem* através de uma denúncia que extingue o seu direito real menor. Nesse caso, o direito de propriedade, por ser elástico, volta à sua condição inicial.

Há ainda o dever de **consentir a realização de obras pelo proprietário**, previsto pelo **artigo 1471º**; o dever de **suportar os impostos** sobre a coisa, como o IMI, previsto pelo **artigo 1474º** e, por fim, o **dever de restituir a coisa** nos termos do **artigo 1483º**, com a exceção dos casos de usufruto vitalício, por se extinguirem com a morte do usufrutuário.

Modos de extinção do usufruto

O **artigo 1476º** elenca as causas ou modos de extinção do usufruto: **morte do usufrutuário; fim do prazo; reunião da propriedade e do usufruto na mesma pessoa; não exercício do direito pelo período de 20 anos; perda total da coisa; a renúncia.**

As primeiras, morte do usufrutuário e fim do prazo, são as duas hipóteses de extinção do usufruto por caducidade. Quanto à renúncia importa referir que esta não requer a aceitação por parte do proprietário, por ser um negócio jurídico unilateral. Sobre a reunião há que dizer que esta está para os direitos reais como a confusão está para as obrigações, sendo que se o usufrutuário vier a adquirir o prédio, o direito de usufruto extingue-se automaticamente. Por sua vez, o não exercício do direito por 20 anos é uma causa específica de extinção. Estes 20 anos correspondem ao prazo máximo para a aquisição de direitos reais por usucapião, havendo um paralelismo entre os dois regimes. Por fim, a perda total da coisa usufruída é exatamente o que o nome indica.

Direito de uso e direito de habitação

Segundo o **artigo 1484º nº1**, o **direito de uso** é a **faculdade de alguém se servir de certa coisa alheia e haver os respetivos frutos, na medida das suas necessidades das da sua família.** Já o **nº2** diz-nos que se chama **direito de habitação** se esse **direito de uso incidir sobre um imóvel destinado à habitação**, uma casa de morada.

A lei opera em dois lugares, **artigo 1485º** e **artigo 1490º**, uma **remissão para o regime do usufruto**. O regime jurídico do direito de uso e de direito de habitação é muito sintético, poucos artigos, e é essencialmente de remissão para o regime do usufruto. Isto explica-se por corresponder a um usufruto menor, um usufruto limitado. **É, no fundo, um direito de usufruto diminuído: só compreende as faculdades de usar e fruir na medida das necessidades do titular e da sua família.**

Aspeto central aqui é perceber este conceito de **família**. O **artigo 1487º** apresenta um conceito de família diferente daquele que vem no livro IV do Código Civil sobre a família. Aqui temos um conceito bem mais amplo e distinto da prática social. Para efeitos deste regime, família compreende **cônjuge, filhos, outros parentes a que sejam devidos alimentos, pessoas a que se encontrem ao seu serviço ou ao serviço das pessoas designadas**. Assim, temos relações familiares *estricto sensu*, mas também com carácter laboral, ou de prestação de serviço, sendo que os dois últimos referidos são sujeitos que trabalham de forma assalariada para os titulares do direito.

A lei não diz expressamente, mas conjugando o **artigo 1484º** e **1487º**, concluímos que as **pessoas coletivas não podem ser titulares** do direito de uso e habitação, já que não habitam, não têm cônjuges, não têm filhos.

Acontece que este direito real menor tem um **carácter pessoalíssimo**, **dado que o seu conteúdo é aferido pelas necessidades do titular**. A lei estabelece que essas necessidades são fixadas segundo a **condição social do titular**, tal como se lê no **artigo 1486º**. Na sequência deste aspeto, surge outra característica fundamental deste direito: a sua **não negociabilidade** que se reteria do **artigo 1488º**, onde se lê que o **usuário e o morador usuário não podem trespassar ou locar o seu direito, nem o onerar de qualquer modo**.

Isto em contraposição clara ao direito de usufruto que contém esta possibilidade, ainda que seja um direito, também ele, de transmissibilidade reduzida. Um dos corolários desta ideia de não negociabilidade é a **impenhorabilidade**, o que significa que, no âmbito de uma execução judicial, o direito de uso (ou de habitação) não pode ser penhorado, sendo imune aos credores. A única hipótese é se, mediante uma impugnação pauliana, conseguir provar que o intuito do ato era prejudicar as garantias do crédito. Do ponto de vista social, esta impenhorabilidade é a principal utilidade.

Constituição e extinção do direito de uso e de habitação

O **artigo 1485º** prevê que os **modos de constituição e extinção dos direitos de uso e habitação são os do usufruto**, com uma exceção explícita e outra implícita. A explícita é que **não é possível usucapir os direitos de uso e habitação**. A implícita é que há uma causa de extinção destes direitos que não pode existir no usufruto: **cessação das necessidades do titular e da sua família**.

Outra diferença fundamental entre os dois regimes é que, neste caso, existem situações específicas em que são atribuídos direitos de uso e habitação pela lei. Assim, além das formas tradicionais de constituição, é possível a **constituição *ope legis***. É o caso do **artigo 2103ºA**, que prevê a constituição de um direito de uso e de habitação a favor do cônjuge sobrevivente. Esta regra é transportada para as situações de união de facto, sendo que mesmo que as pessoas não optem por casar, o companheiro sobrevivente também vai beneficiar desta proteção sucessória.

Direito de superfície

Enquadramento histórico

Este direito vem definido no **artigo 1524º**, mas antes de olharmos para a definição, convém ter em conta que neste direito o que está em causa é um **fenómeno de dissociação entre a titularidade do solo e a titularidade das construções ou plantações**.

Este fenómeno é de origem romana e foi criado numa fase tardia da sua história, com o objetivo de contrariar os inconvenientes do princípio *superfície solo cedit* segundo o qual o proprietário do solo, é proprietário de tudo o que está acima na superfície. Eram, no fundo, situações jurídicas (hoje com carácter real), em que se operava esta tal dissociação em que, ao lado do proprietário, tínhamos o superficiário. Esta tendência foi aumentando ao longo da história e a figura mais relevante era a da **enfiteuse**. Assim, **o senhor feudal teria o domínio do solo (direito de propriedade), ao passo que o enfiteuta teria o domínio útil da superfície, trabalhando-a (direito de superfície)**.

Muitos destes fenómenos foram sendo extintos. A enfiteuse foi muito criticada pelos protagonistas das revoluções liberais, por considerarem que estes fenómenos jurídicos cristalizavam o domínio económico do solo pelas classes nobres e, em Portugal, acabou por ser extinta pela CRP de 1976. Em meados do século XX, **com o código civil de 1966, a figura romana do direito de superfície foi recuperada para realizar políticas urbanísticas**. Hoje em dia é frequente que as autarquias locais cedam os direitos de superfícies sobre os seus prédios, ficando proprietárias do solo. Fazem-no no âmbito de políticas do urbanismo, para operar um melhor ordenamento do território.

Exemplo: toda a zona inicial de Telheiras é uma zona em que a propriedade do solo é da CML e as pessoas que lá habitam são titulares de direitos de superfície.

É curioso, porque temos aqui uma figura romana que se perdeu no tempo, surgiu sob outras formas, que foram mais tarde proibidas, e depois recuperada na sua estrutura original pelo código civil de 1966. O professor Rui Pinto Duarte considera que, nos casos do exemplo supracitado, **esta figura pode ter algumas consequências sociais graves, na medida em que não se sabe muito bem o que vai acontecer quando tais direitos caducarem**. Isto porque a maioria das pessoas que está nessa situação não tem bem a noção da validade temporal da sua situação jurídica, já para não falar dos edifícios em propriedade horizontal que foram construídos nesses prédios.

Regime jurídico

O **artigo 1524º** define direito de superfície como a **faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações**. Quanto à terminologia, chamamos **fundeiro** e **superficiário**, ao proprietário do solo e ao titular do direito de superfície respetivamente.

A lei fala em duas vertentes: a **faculdade de construir** e a **faculdade de manter** (após a realização da construção). Após a construção, a faculdade de manter tem como **objeto principal a coisa corpórea construída**, e o seu conteúdo é semelhante ao conteúdo do direito de propriedade. Em contraponto, a faculdade de construir tem um conteúdo semelhante ao de um direito real de aquisição. **Enquanto a construção não está realizada, o superficiário tem, essencialmente, uma faculdade de construir**, para depois poder usar, fruir e dispor da coisa construída. Após a construção, há um direito real de gozo muito amplo e semelhante à propriedade.

O direito de superfície pode ter um **carácter temporário ou perpétuo**. É muito frequente a criação de direitos de superfícies temporários: por cem anos, por exemplo. Quando o direito de superfície é perpétuo, o direito de propriedade do fundeiro não tem qualquer interesse social, já que tem as suas faculdades muito afetadas. Nunca voltando a ser pleno, é para sempre uma coisa profundamente contraída. É por esta razão que a opção de ser um direito perpétuo seja algo duvidosa do ponto de vista legislativo e algo incoerente face à abolição da figura da enfiteuse que tinha esta característica da perpetuidade.

Ainda sobre esta disposição, importa analisar os conceitos de **obras** e **plantações** em conjunto com os **artigos 1525º e 1526º**, sobre os **objetos possíveis do direito de superfície**. **As obras podem ser subterrâneas**, caso dos parques de estacionamento. Este aspeto não é muito intuitivo, porque associamos o superficiário à superfície do solo, mas o subsolo também se inclui no âmbito desta situação jurídica.

Há ainda que dizer que a obra pode ser edificada num edifício já existente, é o **direito de sobrelevação**. Na prática, os casos comuns são aqueles em que existe já um edifício com dois andares e é atribuído um direito de construção de mais um andar, um direito de sobrelevação. Essa possibilidade é atribuída sob o figurino jurídico do direito de superfície. O superficiário ficará titular do direito real da parte que ele edificou e o fundeiro ficará proprietário dos pisos já existentes. É ainda de realçar que esta hipótese de sobrelevação não implica a constituição automática de uma propriedade horizontal.

O direito de superfície é um direito real menor e, tal como os restantes, **convive sempre com o direito de propriedade**: o direito de superfície coexiste sempre com o direito de propriedade do fundeiro. Para perceber o que fica para o proprietário temos de olhar para o **artigo 1530º e 1531º**. É possível convencionar-se um preço, mas também é possível que se convencie uma prestação pecuniária anual, chamada **cânone**, paga pelo superficiário. Salvo este direito, o fundeiro quase nada pode fazer, tem o seu direito de propriedade severamente diminuído, é ainda mais limitado que o do proprietário de raiz onerado com usufruto.

Nos termos do **artigo 1534º**, o direito de superfície é **livremente transmissível e onerável**, quer por ato *inter vivos*, quer por morte. A faculdade de disposição surge aqui em plenitude. Também importa ter em conta o **artigo 688º nº1 c)**, que determina a **possibilidade de hipoteca sobre o direito de superfície**.

A **existência do direito de superfície é absolutamente compatível com o regime da propriedade horizontal**. Se o superficiário construir um prédio e fizer um título constitutivo com várias frações autónomas e as vender, todos os adquirentes dessas frações serão superficiários em propriedade horizontal. Não são propriedades privadas, são superfícies privadas. Quando chegar ao fim do prazo do direito de superfície, extinguem-se os direitos superficiários em propriedade horizontal e o fundeiro volta a ter um direito de propriedade plena.

Constituição do direito de superfície

Por força do **artigo 1528º**, a constituição do direito de superfície pode ser por **contrato, testamento ou usucapião**. É de realçar que o mais comum é por contrato e que a hipótese de usucapião é meramente académica, já que quem ocupa o prédio vai querer a propriedade e não a superfície. Resulta daqui também que é possível a constituição do direito de superfície sobre obras já existentes (**artigo 1428º in fine**), sendo que já não teremos a faculdade de construir, apenas a de manter.

Direitos e obrigações do superficiário

É mediante a análise dos direitos e obrigações do superficiário que extraímos os direitos e obrigações do fundeiro, dado que estes se fundam na sua relação com aquele.

Quanto aos **direitos**. O superficiário tem **poderes para usar, fruir e dispor da coisa** de forma semelhante ao proprietário. É um direito extremamente extenso e semelhante ao direito real máximo, o direito de propriedade.

Quanto aos deveres ou **obrigações** do superficiário, eles são quatro: temos quatro.

- **Fazer no prazo fixado ou, na ausência de fixação, no prazo de 10 anos, a obra ou plantação, bem como refazê-los, em caso de destruição, dentro dos mesmos prazos a contar desta**. Na verdade, construir ou plantar não são apenas faculdades suas, mas também obrigações, cuja violação importa a extinção do direito de superfície, nos termos do **artigo 1536º nº1 a) e b)**. O professor Caetano Nunes considera que isto deve ser visto como um ónus, o que faz todo o sentido, dado que o superficiário terá de o fazer se quiser evitar uma desvantagem jurídica: extinção do seu direito de superfície.

- **Pagamento do cânone**, que é sempre uma prestação pecuniária, estipulado pelo **artigo 1530º**. Este cânone é uma obrigação *propter rem* ambulatória, o que significa que se o direito de superfície for transmitido, o adquirente passará a ter a obrigação de pagar essa prestação.
- **Consentir no uso e fruição pelo fundeiro até ao início da obra ou plantação**, previsto pelo **artigo 1532º**.
- **Dar preferência ao proprietário na alienação do direito de superfície**, como previsto pelo **artigo 1535º** que atribui o direito de aquisição ao fundeiro.

Extinção do direito de superfície

A extinção do direito de superfície vem prevista no **artigo 1536º**.

- As alíneas a) e b) correspondem essencialmente à mesma hipótese: é uma **sanção pelo incumprimento da obrigação de construção ou reconstrução da obra ou plantação** no prazo aplicável.
- A alínea c) engloba as hipóteses de caducidade por **decurso do prazo**, no caso de o direito ser temporário.
- A alínea d) refere a **reunião**, na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade.
- A alínea e) trata a possibilidade altamente improvável de **desaparecimento ou inutilização da coisa**.
- A alínea f) corresponde à **expropriação por utilidade pública**.
- A este elenco temos de acrescentar a hipótese de se estabelecer uma **condição resolutiva**, tal como se lê no **nº2 in fine**. É um facto incerto que opera a resolução do direito.

Podemos discutir ainda a possibilidade de **renúncia** ao direito de superfície, que não é elencada por este artigo como causa de extinção. No que toca à discussão quanto a renúncia ao direito de propriedade, a maioria da doutrina defende a sua possibilidade, devido ao facto de não passar a ser *res nullius*, mas sim propriedade do Estado. Aqui o argumento é mais simples: o proprietário fundeiro passa a ser proprietário pleno, o direito de propriedade volta a expandir-se. Importa não confundir com a hipótese da reunião, já prevista pelo artigo supracitado.

Antes de concluir, importa termos em conta que **a extinção do direito de superfície acarreta vários problemas**, problema esses que a lei procura resolver com o recurso a diversas normas que têm por objeto a extinção do direito de superfície:

- **Extinguindo-se o direito de superfície por decurso do prazo**, há uma expansão do direito de propriedade, sendo que o fundeiro adquire automaticamente a propriedade das obras ou árvores, por força do **artigo 1538º nº1**. O superficiário passa a ser titular de uma indenização segundo as regras do enriquecimento sem causa, a menos que haja estipulação em contrário, como se lê no **nº2**.

- A extinção do direito de superfície por decurso do prazo implica a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro (**artigo 1539º nº1**);
- De forma simétrica, o **artigo 1540º** estipula que os direitos reais constituídos pelo proprietário, se expandem. Se for uma hipoteca, por exemplo, esta vai passar a incluir também as obras e as árvores que deixam de ser do superficiário findo o prazo.
- **Extinguindo-se -se um direito de superfície temporário ou perpétuo antes do decurso do prazo**, os direitos reais constituídos separadamente sobre a superfície e o solo subsistem como tal, por força do **artigo 1541º**. Se por exemplo, o direito de superfície se extingue antes do decurso do prazo por reunião, os direitos reais menores constituídos pelo superficiário vão permanecer até ao decurso do tal prazo.
- **Extinguindo-se o direito de superfície em consequência de expropriação** por utilidade pública, ao fundeiro e ao superficiário cabem partes da indemnização correspondentes ao valor dos seus direitos, como se retira do **artigo 1542º**.

Servidões prediais

Uma definição possível de **servidão predial** é: **direito que o titular de um direito real sobre um certo prédio (dito prédio dominante) tem de utilizar um prédio alheio (dito prédio serviente) para melhorar o aproveitamento do prédio dominante**. O exemplo típico é o caso do proprietário de um prédio que tem não tem acesso à via pública (prédio entravado) e tem de utilizar o prédio do vizinho para lá chegar. No fundo, é um direito que incide sobre um prédio alheio.

Porém, a **definição legal do artigo 1543º** é muito diferente e tem sido bastante **criticada** por dois aspetos: pela **coisificação da servidão** e **foco no prédio serviente**.

Em primeiro lugar, **a servidão não deve ser vista como um encargo imposto ao prédio serviente em favor do prédio dominante** e os **direitos e deveres que daí advém não são dos prédios, mas sim dos seus titulares**. É certo que esses apenas podem estar nesta relação por serem titulares dos prédios que se encontram nessa condição, mas ainda assim é importante frisar que não existem relação jurídicas entre coisas, apenas entre pessoas. Em segundo lugar, **a servidão predial não deve ser entendida como uma posição passiva do titular do prédio serviente, mas sim como uma posição jurídica ativa, um direito real do titular do prédio dominante**. É, de resto, um direito real com tudo o que isso comporta em si mesmo, nomeadamente a sua eficácia *erga omnes*.

Outra ideia importante que retiramos do **artigo 1543º** é que, **para poder haver uma servidão predial, tem de haver um aproveitamento do titular do prédio dominante**. Se não houver um aproveitamento a favor do prédio dominante, não há servidão predial. Se eu estabelecer um acordo com o meu vizinho segundo o qual posso usar a sua piscina, esta será uma estipulação de carácter obrigacional e não real, já que não há um aproveitamento do meu prédio, mas do prédio do vizinho. Já se precisar de passar águas pelo prédio dele para regar as minhas plantas, já será uma servidão predial.

Uma última nota ainda sobre esta disposição, apesar de algo óbvia, é que o prédio serviente o prédio titular têm obrigatoriamente de pertencer a proprietários distintos.

O conteúdo da servidão predial pode ser muito amplo e multifacetado, sendo que, segundo o **artigo 1544º**, **podem ser objeto da servidão quaisquer utilidades, ainda que futuras ou eventuais, suscetíveis de serem gozadas por intermédio do prédio dominante mesmo que não aumentem o seu valor**. Os tipos de servidões mais relevantes encontram-se expressamente regulados na lei, como a servidão de passagem, a servidão de águas ou a servidão de vistas. Não obstante, o tipo geral é regulado nas disposições a que já fizemos referência, **artigos 1543º e 1544º**.

Existem ainda as **servidões prediais de direito administrativo**, como a servidão de não construção, a servidão de passagem de cabos de alta tensão, entre outras. Estas não têm nada a ver com as que vamos estudar e são reguladas pelo direito público. Não são para aproveitamento do prédio dominante, mas para aproveitamento público.

Principais características das servidões prediais

As principais características são a **inseparabilidade** e a **indivisibilidade**.

Quanto à ideia da **inseparabilidade**, o **artigo 1545º**, determina que, salvas as exceções previstas na lei, **as servidões não podem ser separadas dos prédios a que pertencem** e que **a afetação das utilidades próprias da servidão a outros prédios importa sempre a constituição de uma servidão nova e a extinção da antiga**. Esta característica é um corolário da ideia de aproveitamento do prédio dominante. A servidão não pode ser vista como o direito de uma pessoa que a acompanha independentemente do prédio do qual é titular, a servidão é um direito de uma pessoa enquanto titular de um prédio em específico e para aproveitamento deste.

A característica da **indivisibilidade** vem prevista no **artigo 1546º**. Temos aqui dois fenómenos possíveis: divisão do prédio dominante e divisão do prédio serviente. Em qualquer um dos casos, **prevalece a servidão predial**.

- No caso de **divisão do prédio serviente**: imaginemos que há um prédio de A que não tem acesso à via pública, tendo este de passar pelo prédio de B. Se B dividir o seu prédio com C, passando a ter dois prédios, a servidão passará a onerar ambos. Passamos a ter dois prédios servientes.
- No caso em que o **prédio dominante é dividido**: se o mesmo A que tinha o direito a atravessar no prédio do B, dividir o prédio dominante com um terceiro, esse terceiro passará a ser também titular da servidão. Passamos a ter dois prédios dominantes.

Subtipos legais da servidão predial

O código civil regula as servidões enquanto direito real menor e prevê ainda diversas hipóteses concretas de subtipos de servidões prediais. Importa salvaguardar que o nosso Direito é explícito na consagração de um *numerus apertus* das servidões, no **artigo 1544º**. O CC faz referência a alguns tipos de servidões, mas isso não significa a proibição de constituir servidões com outros conteúdos.

Assim, além da lei caracterizar a servidão predial genericamente, prevê **subtipos**:

- **servidões de passagem (artigo 1550º e ss.)**
 - Servidão em benefício de prédio entravado é a mais conhecida
- **Servidões legais de águas**
 - **de aproveitamento de águas (artigo 1557º)**
 - Para gastos domésticos
 - Para fins agrícolas
 - **De represas (artigo 1559º)**
 - **De aquedutos (artigo 1561º)**
 - **De escoamento (artigo 1563º)**

- **Servidão de vistas, artigo 1362º.** Está no regime das relações de vizinhança. É o tal caso de uma disposição muito obsoleta que vimos.

- **Servidão de estilicídio, artigo 1365º.** Quando se constrói na extrema dos edifícios, deve-se deixar um intervalo mínimo de 5 dm para que a chuva que cai no telhado da construção, ainda escorra no meu prédio e não para o do vizinho. Isto previne a erosão do terreno vizinho. Contudo, se durante vinte anos esta regra não se cumprir, cria-se uma servidão de estilicídio. Outras servidões ditas modernas que não estão no CC, mas que têm sido usadas são as **servidões para passar cabos elétricos ou condutas privadas.**

Modalidades de servidões

A doutrina costuma agrupar as servidões em função de critérios classificatórios. As principais modalidades normalmente apresentadas são as seguintes:

- **Aparentes c. não aparentes**
- **Positivas c. negativas**
- **Legais c. voluntárias**

Existem servidões **aparentes** e servidões **não aparentes**. Isto vem mencionado na lei no **artigo 1548º**. A definição está no **nº2**: as que se revelam com sinais visíveis e permanentes são aparentes, as outras são não aparentes. A servidão de passagem é, em princípio, aparente por haver um caminho demarcado, cimentado ou marcas das rodas. Isto pode ser relevante para efeitos de usucapião.

Outra distinção é entre as servidões **positivas** e a servidões **negativas**. As primeiras são as que implicam uma conduta positiva, uma ação, enquanto que as segundas implicam uma abstenção, uma omissão de comportamento.

Resta distinguir as servidões **legais** e as servidões **voluntárias**. As primeiras resultam de um direito potestativo atribuído pela lei. Não significa que sejam automáticas, dependem do exercício deste direito e da passividade do exercício, sendo que as partes podem acabar em Tribunal para que o direito seja reconhecido ou o processo pode ser tratado por decisão administrativa. As servidões voluntárias, por sua vez, não resultam da lei, mas de um contrato, testamento ou usucapião. As servidões legais encontram-se no **nº2 artigo 1447º**, ao passo que as servidões voluntárias estão no **nº1**.

Modos de constituição das servidões prediais

→ Servidões legais

Vejamos como se processa a constituição das servidões legais. Em primeiro lugar, importa referir que as servidões legais não resultam automaticamente da lei, ou seja, não se trata de casos em que a servidão é um feito da lei sem o concurso de um outro ato jurídico, são antes casos em que **a lei dá ao titular do prédio dominante o direito a exigir a constituição de uma servidão**, tal com resulta do **artigo 1547º nº2**. Exemplos de servidões legais são a servidão de passagem a favor de um prédio entravado; servidão de passagem para aproveitamento de águas, **artigo 1556º**, entre outros.

Nestes casos, **o titular do prédio dominante passa a ter a faculdade de exigir que se faça uma servidão e surge na esfera jurídica do titular do prédio serviente um dever de conformação**, face ao direito potestativo do outro. Como já foi dito, se o titular do prédio serviente se recusar a colaborar, a questão será resolvida pelos Tribunais ou por decisão administrativa, tal como se lê no **artigo 1547º nº2**.

Um aspeto comum aos vários tipos de servidão legal é a **obrigação de indemnizar o dono do prédio serviente pelo prejuízo correspondente à constituição da servidão (artigos 1554º, 1557º nº1, 1559º e 1563º nº1)** ou de **compensar pela privação dos seus bens (artigos 1558º nº1)**. Esta última não é bem uma indemnização, dado que não segue os mesmos critérios, mas é semelhante e calcula-se de acordo com o valor que a coisa perdeu para assim podermos compensar o proprietário do prédio serviente.

Outro mecanismo está no **artigo 1551º**, a **exceção de aquisição do prédio entravado pelo titular do prédio serviente**. Uma exceção é a servidão jurídica, a par de um direito subjetivo ou de um dever jurídico. No âmbito de uma situação jurídica complexa passiva, pode haver uma situação jurídica positiva, uma exceção, **um obstáculo ao exercício do direito pela parte contrária**.

No âmbito de uma situação jurídica complexa passiva, um dever, encontramos uma situação jurídica ativa que tem como efeito a paralisação do direito do outro lado, isto é uma exceção. Estas exceções são situações jurídicas ativas no meio de uma situação jurídica passiva, em princípio direitos ou direitos potestativos, mas com a característica de se incluírem na parte passiva da relação jurídica. Exemplos de exceções só podem ser a exceção de não cumprimento, a exceção de caducidade ou a exceção de prescrição.

O titular do prédio serviente está sujeito ao direito potestativo da constituição de uma servidão de passagem (situação jurídica complexa passiva). Contudo, dentro desta situação jurídica passiva, há uma situação jurídica ativa, o direito de adquirir o prédio entravado, pagando o seu justo preço.

Neste caso específico, mas muito relevante para as servidões legais de passagem, a exceção é o **direito de os proprietários de quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos poderem subtrair-se à constituição das mesmas, adquirindo o prédio entravado pelo seu justo valor**, nos termos do **artigo 1551º**. Assim se possibilita a proprietários que sofreriam graves prejuízos com a constituição de uma servidão evitá-la, sujeitando os titulares dos prédios entravados que invoquem o direito à servidão a terem de alienar a esses proprietários.

Temos ainda a **constituição por destinação do pai de família** que vem prevista no **artigo 1549º**. Esta é uma hipótese de constituição por força da lei, isto é, de servidão legal. É a situação de dois prédios, A e B, pertencerem ao mesmo dono, T. Sendo que o T ao longo dos tempos utilizou o prédio B para atravessar para o A, por preferir o acesso daquele lado. Não temos um prédio encravado, nem uma servidão contígua, apenas o titular de ambos os prédios a fazer uso de um deles desta forma ao longo do tempo. Assim sendo, se o T vender os prédios A e B ao S e ao V, respetivamente, temos de concluir que o S vai ter um direito potestativo para constituir uma servidão de passagem pelo prédio do V por destinação do pai de família.

As servidões legais têm dois momentos distintos: constituição e momento posterior à constituição. **Após serem constituídas há um direito de gozo sobre a servidão**, mas enquanto **não são há é um direito potestativo a constituir**. São momentos distintos, dado que no primeiro temos um direito real de aquisição e no segundo um direito real de gozo. São situações que apresentam uma natureza jurídica muito distinta.

→ Servidões voluntárias

Aqui, a constituição já não resulta de um direito potestativo legal, mas antes de um **contrato, testamento ou usucapião**, previstos no **artigo 1547º nº1**.

Em relação à usucapião importa dizer que apenas pode ocorrer em relação às servidões aparentes, aquelas que se revelam por sinais visíveis e permanentes. Quando temos uma situação fática, não havendo contrato, testamento, nem direito potestativo, não há servidão legal nem servidão voluntária por contrato ou testamento, então terão de ser cumpridos os pressupostos: posse e decurso do tempo. Na ausência de sinais visíveis e permanentes, dificilmente haverá posse, como se lê no **artigo 1548 nº1**.

Direitos e obrigações do titular do prédio dominante

Quanto aos **direitos**, o titular do prédio dominante tem o **direito à utilização e conservação da servidão**, previsto no **artigo 1565º**. O **artigo 1566º** prevê o **direito a fazer obras**, numa servidão de passagem, pode ser necessário, por exemplo, mudar o piso. No **artigo 1568º nº2**, está previsto o **direito a exigir a mudança do local da servidão**, desde que não haja prejuízo para o proprietário do prédio serviente. No **nº3** do mesmo artigo fala-se no **direito a exigir a mudança do modo e do tempo de exercício da servidão** nos mesmos moldes.

Quanto aos **deveres ou obrigações** do titular do prédio dominante, encontramos no **artigo 1567º** o **dever de suportar o custo das obras** e, no **artigo 1568º**, o **dever de suportar a mudança do local, modo e tempo da servidão**. Assim, o regime de mudança de servidão joga tanto como um direito como um dever para ambas as partes.

Regime de extinção

As formas de extinção das servidões vêm previstas no **artigo 1569º**. São elas:

- a **reunião na mesma pessoa da titularidade do prédio dominante e do prédio serviente**;
- o **não uso durante 20 anos**;

- a **aquisição por usucapião da liberdade do prédio** (*usucapio libertatis*) que tem como pressupostos a não utilização, a oposição pelo titular do prédio serviente e o decurso do tempo, **artigo 1774 nº1**. Em rigor não é uma usucapião, porque se trata de uma extinção em vez de uma aquisição. É uma espécie de aplicação analógica da figura da usucapião. Decorre implicitamente do **nº2** que os prazos necessários à extinção da servidão se decalcam sobre os da usucapião.
- a **renúncia** (negócio jurídico unilateral praticado pelo titular do prédio dominante);
- **pelo decurso do prazo**, se tiverem sido constituídas temporariamente.

Há mais duas formas. Uma delas está prevista no **nº4 artigo 1569º**, a **remissão**, que é uma forma de extinção por iniciativa do titular do prédio serviente. É um direito potestativo que estes titulares têm em alguns casos. Por fim, a última forma de extinção é a **desnecessidade**, que resulta dos **nº 2 e 3** da mesma disposição.

Direito real de habitação periódica (DRHP)

O DRHP consiste **num direito real de gozo temporário e cíclico sobre um imóvel (destinado a fins turísticos) cujo conteúdo essencial é a faculdade de gozar o mesmo, para fins habitacionais**. Este é o mais recente dos direitos reais de gozo. Na gíria internacional é conhecido por *time share* ou *time sharing* e já foi muito mais relevante do ponto de vista social do que aquilo que é hoje. O regime do DRHP está previsto e no **DL 275/93**. A razão por detrás deste diploma é a proteção do turista consumidor ou investidor e está associado a fenómenos de massificação turística que ocorreram sobretudo nos anos 70 e 80. *Nota: os artigos a que se fará referência agora nesta parte relativa aos DRHP são deste diploma (DL 275/93).*

Imaginemos uma edificação no algarve com muitos alojamentos que são vendidos a vários turistas: há um que fica com o mês de agosto, outro com os primeiros 15 dias de setembro e por aí adiante. **Normalmente nestes negócios, há serviços associados a essas vendas temporárias e cíclicas, como serviços de gestão e do aldeamento turístico**. Estes fenómenos por vezes foram problemáticos porque os promotores imobiliários iam à falência antes de começarem a funcionar, ou então começavam, mas os serviços não eram prestados. Daí que tenham sido alvo de intervenção legislativa em Portugal e também ao nível da UE, com a transposição de uma diretiva para este DL.

O diploma refere no **artigo 1º e seguintes** uma figura com carácter real e, no **artigo 45º**, uma figura com carácter meramente obrigacional: **direitos de habitação turística**. A diferença: ambos envolvem o gozo e utilização de uma coisa, mas os últimos carecem de oponibilidade *erga omnes*. Esta figura do DRHP é cada vez menos relevante nos nossos dias. O **artigo 1º** fala em **direitos temporários e cíclicos que se repetem num período do tempo de cada ano**. Já o **artigo 3º**, ressalva novamente esta característica, ao dizer que pode ser **determinado ou determinável**. No **artigo 2º** lemos que é um direito real menor porque coexiste sempre com o direito de propriedade. Ao lado do titular do DRHP há sempre um proprietário. A acrescentar que **os DRHP podem ser perpétuos ou temporários**. São temporários se vigoram apenas durante um prazo. São perpétuos se duram para sempre e são transmissíveis por *mortis causa*.

O **artigo 8º** introduz a representação por certificados prediais, que é algo novo e mais complexo. Segundo o **artigo 10º**, **o certificado predial titula o direito e legitima a sua transmissão ou oneração**. Há aqui um fenómeno de titulação em documentos.

A **titulação significa uma incorporação de direitos em documentos** e começou com as letras, as livranças, e os cheques. A letra, livrança ou cheque é pago a quem tiver o documento que corporiza esse direito. Surgiu porque era a única forma segura de fazer negócios na idade média sem transportar grandes quantidades de dinheiro, evitando os salteadores. As primeiras ações também foram vendidas em papéis, através da titulação em documentos. Vende-se uma ação, transmitindo o papel. Estes documentos desenvolvidos pelos comerciantes constituíram formas mais ágeis de transmissão e circulação de direitos.

Isto para dizer que **estes certificados prediais incorporam os direitos**, de forma semelhante ao que acontecia nas situações exemplificadas. Se eu, titular de um DRHP, quiser vender a semana que tenho num certo aldeamento turístico, tenho de fazer uma alteração da informação que está no respetivo certificado do registo predial. Assim, **a transmissão do DRHP faz-se por alteração do registo no certificado predial**.

O corolário desta ideia é o facto de os DRHP não estarem registados na conservatória, ao contrário do direito de propriedade sobre os imóveis. Aqui, a conservatória emite um certificado predial autónomo face à base de dados, e é nesse certificado predial que estão registadas as transmissões dos DRHP.

Modos de constituição da DRHP

O DRHP é constituído por **ato do proprietário**, como estabelece o **artigo 6º**. É algo semelhante à constituição da propriedade horizontal, já que o proprietário constitui primeiro os DRHP e depois transmite-os. Esta **constituição tem de ser feita por escritura pública ou por documento particular autenticado**.

Os DRHP estão **sujeitos ao controlo do Instituto de Turismo de Portugal, artigo 5º**. **A constituição está sujeita registo predial**, semelhante à inscrição da propriedade horizontal e depois **a conservatória emite os certificados prediais a favor do proprietário**. É com esse certificado predial que o proprietário vai passar a vender os DRHP e a transmiti-los, através da inscrição no certificado. No **artigo 16º** fala-se do adquirente de DRHP. A lei fala frequentemente em contratos-promessa de transmissão de DRHP, contudo o Caetano Nunes acha isto um disparate, considerando que não se fazem contratos promessa, mas sim **contratos de transmissão da habitação periódica**.

Direitos e obrigações dos titulares de DRHP

A **alínea q) nº2 artigo 5º** diz-nos que **no título constitutivo dos DRHP é possível estipular os direitos, os deveres e as obrigações dos titulares do DRHP**, à semelhança dos títulos constitutivos da propriedade horizontal. Contudo, fora da regulação da autonomia privada através do título, resultam alguns direitos e deveres da lei, nomeadamente do **artigo 21º** onde temos um **elenco dos direitos**. O primeiro é o **direito de habitar no período respetivo**, já que é temporário e cíclico. Associado a este, há um **direito de usar as instalações e os equipamentos da unidade de alojamento bem como beneficiar dos seus serviços, durante o mesmo período**.

Para além destes direitos, há o **direito a participar na assembleia geral, artigo 34º e 35º**. É uma assembleia de titulares de DRHP semelhante à assembleia de condóminos. Há ainda **direitos de informação, artigos 32º e 33º**, que são direitos instrumentais face a outros direitos, permitindo, por exemplo, a participação das deliberações e nas decisões que podem ser tomadas com o título. Na **alínea d) do artigo 21º** encontramos a **possibilidade de ceder pontualmente as faculdades do DRHP**. Nesse caso, não há uma transmissão do direito real para sempre, mas temporária (só naquela semana, por exemplo). **Todos estes direitos estão associados ao uso da unidade habitacional**. Por fim, encontramos o **direito de transmissão e oneração dos DRHP** previsto no **artigo 12º**.

Quanto às **obrigações ou deveres**, encontramos no **artigo 22º**, a **obrigação de pagar uma prestação periódica anual**. É uma obrigação *propter rem* ambulatória, isto significa que quando se transmite o DRHP, também se transmite o dever de pagamento dessa quantia. Outra obrigação é a de, **em geral, respeitar as regras do título constitutivo**.

Direitos e deveres do proprietário

Aqui volta-se a invocar a **alínea q) do nº2 do artigo 5º** sobre a **possibilidade de consagrar direitos e deveres no título constitutivo do DRHP** que vale para os dois lados.

No **artigo 2º**, do ponto de vista constitutivo, **temos a impossibilidade de constituir direitos reais sobre as unidades de alojamento**. Isto significa que o proprietário não pode constituir hipotecas sobre as unidades de alojamento, por proteção dos consumidores das unidades turísticas. Mas atenção, no momento anterior à constituição do DRHP podem existir hipotecas. Ou seja, só posteriormente é que esta constituição está vedada. Por fim, o **artigo 28º** diz-nos que **o proprietário não pode fazer obras e inovações na unidade imobiliária sem consentimento da assembleia geral de titulares de DRHP**. Quanto aos direitos, estes são depreendidos através das obrigações dos titulares do DRHP, nomeadamente o direito a receber a prestação periódica anual.

Transmissão e oneração de DRHP

Como vimos, o titular do DRHP tem a possibilidade de vender este direito, por força do **artigo 12º**. No **nº1** lemos que **a transmissão e oneração do DRHP faz-se por intermédio de declaração das partes no certificado predial**. Do ponto de vista dos contratos transmissivos dos direitos reais, isto significa que **o que prevalece é o modo, o registo no certificado predial opera todos os efeitos reais, internos e externos**. Assim, o contrato tem um efeito meramente obrigacional para as partes.

Segundo o professor Caetano Nunes, foi por essa razão que o legislador se atrapalhou e falou em contratos promessas. Mas é necessário contrariar esta ideia e dizer que **aqui não temos um contrato promessa, temos é um contrato definitivo meramente obrigacional cuja parte real depende da inscrição no certificado predial**. A acrescentar que a transmissão por *mortis causa* também é feita por inscrição no certificado predial, como se lê no **nº3** da mesma disposição.

Causas de extinção

As causas de extinção do DRHP são: o **decurso do prazo**, quando é temporário; a **renúncia**, prevista no **artigo 42º**; a **resolução**, prevista no **artigo 16º**; e a **destruição ou perda da coisa**.

A terceira causa de extinção, **resolução**, prevista no **artigo 16º**, é um negócio jurídico unilateral que se configura como um mecanismo de proteção do consumidor turista. A resolução pode ser motivada ou *ad nutum* (sem indicar o motivo). A primeira significa que o consumidor tem razões para desistir do contrato por existirem vícios, enquanto que na segunda está patente a ideia de um direito de arrependimento.

A quarta hipótese para a extinção, a **destruição ou perda da coisa**, não está expressamente prevista na lei, mas é uma causa de extinção típica de qualquer direito real. Há ainda que realçar que a **reunião não é uma causa de extinção**. Pelo contrário, o proprietário passa a ser também titular do DRHP daquela unidade habitacional. O DRHP não desaparece, pode voltar a ser transmitido.

Natureza do DRHP

O DRHP é um **direito real, tem oponibilidade *erga omnes***. Em caso de insolvência ou penhora do direito de propriedade, permanecem os DRHP. São oponíveis aos credores do proprietário. Isto se a hipoteca não for anterior. O que é executado é a sua propriedade. O problema é que quando a propriedade é penhorada, torna-se complicado assegurar os serviços aos titulares de DRHP como a manutenção da piscina ou dos jardins, por exemplo.

O DRHP é um **direito real de gozo pouco intenso**. O **artigo 21º nº1 c)** trata da impossibilidade de utilização da unidade de alojamento objeto do contrato devido a situações de força maior. Se houver um problema com a canalização, por exemplo, que impossibilite de utilização do alojamento, o DRHP fica sem efeito naquele período.

Direitos reais de gozo que foram abolidos

O **artigo 1306º nº2** ressalva duas figuras se constituídas antes da sua abolição: o **quinhão** e o **compáscuo**. O **quinhão** é uma espécie de compropriedade, mas que envolve obrigações *propter rem*, como o pagamento de uma quota. O **compáscuo** é uma situação de compropriedade de pastos, para apascentamento de gado.

A par destas temos ainda três figuras historicamente relevantes: **enfiteuse, censos e colónia**. A **enfiteuse** já vimos no âmbito do direito de superfície e diz respeito a um desdobramento entre a propriedade sobre a terra e a propriedade sobre a superfície. É de origem medieval e foi fortemente repugnada por aqueles que levaram a cabo as revoluções liberais. O domínio real ficava a cargo do senhor feudal, ao passo que o enfiteuta possuía o domínio útil do solo mediante o pagamento de uma quantia anual. No nosso país, foi abolida pela Constituição de 1976.

Os **censos** podiam ser de dois tipos, **consignativos** e **reservativos**. A **colónia** era uma figura semelhante à enfiteuse, mas específica para a Região Autónoma da Madeira. O regime era mais prejudicial para o colono do que para o enfiteuta, em comparação com o regime da enfiteuse. Todas estas figuras foram abolidas.

DIREITOS REAIS DE GARANTIA

Primeiro vamos ver o regime geral e as características comuns aos vários direitos reais de garantia, para depois aprofundar os mais importantes, como a hipoteca ou o penhor.

Regime geral dos direitos reais de garantia

Distinção entre os direitos reais de gozo e os direitos reais de garantia

Como vimos, os direitos reais de gozo têm por base o uso e fruição das coisas que são afetadas a tal pelo seu proprietário. Não obstante, alguns **direitos reais não têm esta função de propiciar aos seus titulares a retirada imediata de utilidades das coisas sobre que incidem, mas sim a de garantir créditos**: são os chamados **direitos reais de garantia**. Assim, havendo um direito real de garantia, a coisa é afetada ao seu titular, não para uso e fruição, mas para garantia do seu crédito, com oponibilidade perante os outros credores.

Garantia geral das obrigações c. garantias especiais das obrigações

A **garantia geral das obrigações** é o **património do devedor (artigo 601º)**. A essa garantia primária somam-se, por vezes, as ditas **garantias especiais**, que **são adicionais e não limitam a garantia geral**. Assim, por exemplo, o devedor que tem a sua obrigação garantida por uma hipoteca não deixa de responder pela mesma com todo o seu património. Por outras palavras, não é por haver garantia especial, nomeadamente uma garantia real, que a responsabilidade do devedor fica limitada. Tal limitação só se dará se houver acordo nesse sentido (**artigo 602º**).

Dentro das garantias especiais, encontramos as garantias especiais pessoais e as garantias especiais reais. Nas **garantias especiais pessoais** há a **vinculação de um terceiro àquela dívida**, ou seja, há mais um devedor a responder. Exemplos de direitos de garantias especiais pessoais são a fiança, aval pessoal e a garantia bancária. Nos termos do **artigo 601º**, o terceiro responde com todo o seu património em conjunto com o devedor primário, passando a haver dois patrimónios a garantir a dívida.

Por sua vez, nas **garantias especiais reais** há uma **afetação primordial de certa coisa ao pagamento da dívida**, havendo mais um bem a responder pela dívida. Aqui não há dois patrimónios a responder em conjunto, sendo que, antes de tudo o resto, é aquele bem que vai responder perante o incumprimento. Exemplos são a penhora, o arresto, a hipoteca, a consignação de rendimentos. Feito este enquadramento, o nosso estudo irá incidir apenas sobre as garantias especiais reais: regime geral e cada uma em específico.

Garantias reais

Os direitos reais de garantia podem ter **origem negocial** ou de **origem legal**. Os privilégios creditórios, por exemplo, têm sempre origem legal. Em contraponto, a hipoteca pode ter origem negocial ou legal, enquanto que o penhor é quase sempre de origem legal, mas passou a poder ter também origem negocial.

As garantias reais de origem negocial podem ser constituídas pelo devedor ou constituídas por terceiro. Imaginemos que, compro uma casa e constituo uma hipoteca sobre esse bem a favor do banco, mas esse banco pede-me uma garantia suplementar. Nesse caso, peço à minha mãe para constituir uma hipoteca sobre a sua casa para responder também pela minha dívida. Nesse caso tenho uma garantia real constituída por terceiro que não pelo devedor. Estas são, normalmente, situações de prestação de uma “garantia de favor”, dado que a relação entre devedor e terceiro é de gratuidade, mas nem sempre é assim.

As garantias reais representam um **desvio à regra do artigo 604º sobre o concurso de credores, que consagra o princípio da igualdade dos credores**. Este princípio é muito antigo e descreve-se mediante a expressão “*par conditio creditorum*”. O que nos diz é que se o devedor tiver inúmeras dívidas, o património é a garantia dessas dívidas, e se não for suficiente, vai haver uma distribuição proporcional entre os vários credores. Isto se todos os credores forem credores comuns ou quirogrários, o que se depreende pela ressalva da primeira parte do nº1 “Não existindo causas legítimas de preferência”.

Os **direitos reais de garantia são exceções a este princípio pelo facto de atribuírem, ainda que em medidas diversas, aos seus titulares a faculdade de se pagarem com preferência sobre os demais credores** ditos comuns ou quirografários. O credor que possui uma garantia especial real é o **credor preferente ou privilegiado**. É de realçar que há uma hierarquização de preferências mesmo entre os credores preferentes, havendo umas garantias reais que privilegiam mais do que outras. A mais forte tende a ser o privilégio creditório, seguindo-se a hipoteca e por aí adiante. Cabe ao Tribunal, mediante a graduação das garantias, definir qual a ordem de preferência relativa dos credores.

Além dos credores comuns e dos credores preferentes podemos existir ainda **credores subordinados**, que estão abaixo dos comuns. Na maioria das vezes, estes nem chegam a ser pagos, porque geralmente não sobra património depois de os outros estarem pagos. Isto acontece muito nos contextos da execução universal, a insolvência. Só há credores subordinados quando os devedores são empresas.

Atualmente, temos assistido a movimentos de harmonização e unificação dos direitos reais de garantia. É certo que ainda não existe uma “eurohipoteca”, mas há essa pretensão. Há já um regime europeu do penhor financeiro, que resultou na transposição de uma diretiva. A nível mundial, há alguns instrumentos de harmonização, como convenções internacionais que incidem sobretudo nas garantias sobre coisas móveis. Isto facilmente se compreende porque, ao contrário dos imóveis que estão associados à soberania do Estado, os móveis circulam e por isso o movimento de harmonização é mais forte sobre eles. *Fim do enquadramento geral. Seguem-se os vários regimes.*

Hipoteca

Noções gerais – origem e caracterização

Tal como o penhor e alguns privilégios creditórios, a **hipoteca é um direito de um credor de ser pago com preferência sobre os credores comuns, pelo valor de coisa determinada**, tal como estatui o nº1 artigo 686º. O artigo 687º prevê que **hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos em relação às partes**.

Foquemos a nossa atenção na definição do nº1 artigo 686º. A hipoteca é o direito real de garantia paradigmático dos bens imóveis ou móveis sujeitos a registo (“*coisas equiparadas*”). Em contraponto, o artigo 666º diz-nos que o penhor incide sobre as coisas corpóreas móveis, créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca. Assim, da leitura sistemática destes dois artigos, retiramos que **a hipoteca incide sobre bens imóveis e bens móveis sujeitos a registo**, enquanto que o penhor engloba todos os outros, nomeadamente os bens móveis não sujeitos a registo.

Na história da humanidade, a contraposição entre a hipoteca e o penhor nem sempre foi feita com base nesta característica, até porque o registo predial apenas existe nos últimos 150 anos. Se recuarmos até ao direito romano, a distinção entre estas duas figuras era feita com base na necessidade de *traditio* da coisa no penhor, ao contrário do que acontecia com a hipoteca. O cerne da distinção estava na exigência ou não de entrega da coisa. Hoje em dia, no direito português vigente não é este o critério distintivo relevante, prevalece antes o critério dos imóveis ou do registo (dos bens móveis sujeitos a registo).

Atualmente, **o regime regra do penhor exige a *traditio*, à semelhança do que tínhamos no direito romano. Contudo, já existem vários regimes especiais de penhor que dispensam este pressuposto**, divergindo da tradição romana. Isto é relevante, e não mera referência histórica, porque noutros quadrantes jurídicos, nomeadamente noutros países europeus, a distinção entre a hipoteca e o penhor é feita por outros critérios que não aquele que vimos ser seguido pelo regime português atual.

Analisada esta parte da definição do **artigo 686º**, importa agora salientar a ideia de que **a hipoteca deve incidir sobre coisas certas ou determinadas**. Esta ideia tem de ser conjugada com o **artigo 718º** que **proíbe as hipotecas gerais**, estatuído que uma hipoteca não pode incidir sobre a totalidade das coisas que integram o património de uma pessoa. Os direitos reais de garantia, e neste caso **a hipoteca, tem de incidir sobre um bem concreto**, coisas determinadas, especificadas, e não uma abstração ou um conjunto de coisas. Esta **regra da especificação**, além de valer para a generalidade dos direitos reais de garantia, vale para a generalidade dos direitos reais, como corolário de um dos seus princípios: **princípio da especialidade ou individualização**.

Outra característica importante desta figura está no **nº2 artigo 682º**. No âmbito da hipoteca fala-se em **obrigações garantidas**, o que significa que, **independentemente da sua eficácia *erga omnes*, a hipoteca serve para garantir obrigações**.

Falando agora em direito comparado, existe na Alemanha, a par da hipoteca, a figura da **dívida fundiária germânica**. Neste regime, apenas determinado imóvel responde pela dívida e não a pessoa. O património geral da pessoa está a salvo, não existe garantia geral das obrigações para aquela concreta dívida, é o equivalente a uma garantia especial real que não é um acréscimo à garantia geral, já que esta nem existe.

Importa fazer ainda uma referência sociológica ou estatística. **A hipoteca pode ser constituída a favor de qualquer credor, contudo, do ponto de vista sociológico, está associada ao crédito bancário**. O banco quer sempre uma garantia especial real, por vezes com penhores, mas também frequentemente com recurso a hipotecas associadas a imóveis. O crédito à habitação é um crédito baseado em **garantias reais hipotecárias**.

Por fim, uma última nota sobre a importância da hipoteca. Em Portugal existe muito crédito à habitação porque o regime do arrendamento à habitação assistiu desde os anos 20 e 30, a um congelamento das rendas. O objetivo destas leis que interferem com o mercado da oferta e da procura é proteger o arrendatário, contudo, a falta do livre jogo do mercado faz diminuir a oferta e leva a uma degradação do parque habitacional. Nos últimos anos, o turismo também tem tido um efeito negativo neste aspeto, dado que a maioria dos prédios nos centros urbanos deixou de estar no mercado de

arrendamento à habitação, para passar para o mercado do arrendamento turístico. Assim, o que há em Portugal é um **fenómeno de proliferação de habitação própria associada ao crédito bancário**, o que faz com que a hipoteca associada a essa realidade seja mais importante no nosso país do que noutros onde prevalece o arrendamento.

Espécies de hipoteca

As espécies de hipoteca variam em função da sua fonte. Como previsto no **artigo 703º**, **as hipotecas podem ser legais, judiciais ou voluntárias**.

No **artigo 704º** lê-se que **“as hipotecas 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”**. Há que ter muita cautela na interpretação desta disposição e conjuga-la com o **artigo 4º nº2 CDRP** e **artigo 687º**, segundo os quais, **as hipotecas não produzem efeitos antes do seu registo, que tem efeito constitutivo** nestas situações. Então, a hipoteca não resulta diretamente da lei porque é necessário registar.

Segundo o **artigo 708º**, **as hipotecas legais podem recair sobre quaisquer bens – hipotecáveis**, entenda-se – do devedor, quando outra coisa não resulte da lei. O **Art.º 705** apresenta uma lista exemplificativa de hipotecas legais.

As **hipotecas judiciais**, ao contrário do que possa resultar da expressão “judicial”, também têm a sua fonte na lei. Não resultam de sentenças que as constituam ou ordenem a sua constituição, mas **resultam do exercício de um direito potestativo concedido pela lei, pelo simples facto de existir uma sentença, artigo 710º**. A previsão normativa desta regra é então: sentença que condena ao pagamento de uma certa quantia, ainda que não tenha transitado em julgado; e a estatuição: direito potestativo de constituição de uma hipoteca.

A **hipoteca judicial fica perfeita com o registo**. O registo tem por base um direito potestativo que, por sua vez, tem por base uma sentença. Não basta o juiz dizer “faz uma hipoteca”, é necessário registá-la. Resta dizer que, em caso de insolvência, este tipo de hipoteca não tem valor no confronto com outros direitos reais de garantia, ou seja, esta hipoteca cai. Esta regra resulta do **artigo 140º nº3 do código de insolvência e recuperação de empresas**, pelo que não é uma grande arma para o credor.

Por seu lado, segundo o **artigo 712º**, as **hipotecas voluntárias** resultam de contratos ou declarações unilaterais. Como já deu para perceber, a grande maioria das hipotecas é desta espécie e é a ela que está ligada à enorme relevância social da figura.

Principais regras comuns às várias espécies de hipotecas

→ Necessidade de recurso a tribunal para a sua execução

No direito português, **a hipoteca é uma execução judicial**. Esta regra indiscutível resulta de várias regras do sistema, mas não de uma cristalina. **Como funciona?** Quando a obrigação não é cumprida, o credor quer executar o direito real de garantia. A utilidade é satisfazer o crédito mediante o produto da venda da coisa, caso paradigmático, ou dos seus frutos com prevalência sobre os demais credores. Após o credor iniciar o processo executivo, a execução é feita pelo tribunal que apreende o bem (penhora) e depois faz a venda judicial para satisfazer o crédito do credor.

Este regime de execução para hipoteca é injuntivo, isto significa que a venda tem de ser sempre, e em todos os casos, judicial. Isto para proteger o proprietário, que pode ser o devedor ou um terceiro. Esta regra contrasta com a do penhor onde prevalece a execução extrajudicial como regra supletiva, prevista no **artigo 675º**.

Anteriormente, a venda judicial era feita por leilão, contudo, em 1997 passou a ser sobretudo por propostas em carta fechada porque a outra modalidade era marcada por vícios. Quem ia aos leilões eram maioritariamente profissionais de agências imobiliárias que combinavam entre si para comprar os bens por valores muito baixos. A ideia agora é tentar garantir preços de mercado.

→ **Registo com eficácia constitutiva**

Já vimos esta regra do registo com eficácia constitutiva. Em traços muito gerais, resulta da leitura conjugada do **artigo 687º** e **artigo 4º nº2 CDRP** que a hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes.

→ **Âmbito físico da hipoteca**

O **artigo 691º** regula a regra do âmbito físico da hipoteca e **visa regular o fenómeno da mutabilidade física dos prédios, bem como a questão das suas partes integrantes**, dado que estes estão sujeitos a alterações. Acontece que as coisas que se constroem nos prédios passam a ser parte integrante deles, ficando assim resolvido pelo **artigo 691º** o problema do âmbito físico da hipoteca. Tem de haver aqui uma remissão para o **artigo 204º sobre as coisas imóveis**. A regra é que a hipoteca passa a abranger estas coisas, regra esta essencial para o crédito à construção e promoção imobiliária.

No mercado imobiliário, o banco intervém em dois momentos: construção (crédito à promoção imobiliária) e venda (crédito ao consumo imobiliário, habitação). No primeiro caso, **o proprietário faz a hipoteca sobre um terreno que seja apto à construção e, à medida que esta vai progredindo, a hipoteca vai-se estendendo às novas partes que vão surgindo**, como se lê no **artigo 691º**. No primeiro momento, o colateral vale x, mas à medida que a construção vai progredindo, esse valor aumenta, dado que a hipoteca passa a incidir sobre mais do que aquilo que incidia quando foi constituída. A lógica económica é que há medida que o imóvel vai alterando a sua configuração, a hipoteca vai sendo modificada.

→ **Obrigações cobertas**

As **obrigações cobertas** que correspondem à dívida, à obrigação que é garantida pela hipoteca. A discussão é saber se a hipoteca assegura apenas o crédito ou se também, e em que medida, assegura os juros e outros acessórios.

No **artigo 693º** temos uma regra restritiva que nos diz que a hipoteca cobre apenas alguns acessórios. O **nº1** determina que a **hipoteca assegura (além do crédito propriamente dito) os acessórios do crédito que constem do registo**, como por exemplo os juros. Contudo, o **nº2** diz-nos que **a hipoteca nunca abrange os juros relativos a mais do que 3 anos**. A única ressalva é o **nº3** que permite que se regista nova hipoteca em relação os juros em dívida.

O professor Caetano Nunes considera esta regra uma *“cretinice, estupidez que só levanta problemas”*. Podemos destacar os dois principais problemas: um **problema para o crédito hipotecário** e uma **querela doutrinária e jurisprudencial**.

Em primeiro lugar, como não estão cobertos todos os juros, isto gera perda de dinheiro. Por um lado, porque os credores não estão protegidos de uma possível desvalorização do dinheiro. Por outro lado, esta norma destrói completamente a atividade dos bancos. Se os devedores colapsos só pagam juros de três anos, isto vai ter como consequência que os juros referentes aos outros anos vão acabar por ter de ser pagos na mesma, logo vai ser aumentada a pressão sobre os devedores que cumprem.

Em **segundo lugar**, esta regra não especifica quais são os três anos. Os três anos são os primeiros, os últimos ou quaisquer anos à escolha do credor? Há jurisprudência para as três hipóteses, pelo que este é um problema que fica totalmente em aberto.

→ Indivisibilidade

Sob a epígrafe indivisibilidade, o **artigo 696º** determina 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 este se encontre parcialmente satisfeito”**.

O primeiro aspeto a ter em conta é **que se a hipoteca incidir sobre um prédio e este for posteriormente dividido em dois, a hipoteca passa a onerar os dois prédios resultantes da divisão**. A utilidade prática desta regra é o caso de haver uma hipoteca à promoção imobiliária, já que quando é constituído um edifício em propriedade horizontal, a hipoteca passa a incidir sobre todas as frações autónomas.

O segundo aspeto a realçar é que, **no caso de uma hipoteca plural, que incida sobre mais do que um bem determinado, os vários imóveis respondem pela totalidade da dívida**. Isto é um paralelo com o regime da solidariedade das obrigações, em que os vários devedores respondem para totalidade da dívida e não por uma fração.

→ Transmissibilidade e suscetibilidade de nova oneração de bens

A constituição da hipoteca não prejudica a transmissibilidade dos bens sobre que incide. A lei proíbe mesmo a cláusula pela qual o dono se obriga a não alienar ou não onerar os bens hipotecados, no **artigo 695º**. Assim, a existência de uma hipoteca não retira ao proprietário a faculdade de dispor, nomeadamente de alienar a coisa. O **artigo 713º** acrescenta que **a constituição da hipoteca também não retira a faculdade de onerar a coisa, nomeadamente constituir novas hipotecas**.

O que pode acontecer é que, se tenter vender a minha casa e ela estiver hipotecada, ninguém a quererá comprar. Isto porque o bem continua a responder por aquela dívida em caso de incumprimento e o novo proprietário pode ficar sem a casa de um dia para o outro devido a uma execução judicial. Na prática, a transmissão de imóveis hipotecados raramente acontece, mas legalmente não há qualquer entrave.

Do **artigo 713º** decorre que, no caso de um bem, que é objeto de duas hipotecas, ser executado, vai ser paga a hipoteca que foi registada em primeiro lugar e só depois a outra. Esta regra decorre da **prioridade do registo** e da sua **oponibilidade erga omnes**.

Voltando ao **artigo 695º**, convém referir a segunda parte: **é possível convencionar que a transmissão ou oneração do bem hipotecado impliquem o vencimento da hipoteca**. Ora, assim sendo, isto acaba por ser, na prática, uma proibição de transmissão ou oneração. Porque se isso fosse feito, vencida a obrigação, tinha-se de pagar a obrigação. Não pagando essa obrigação, o banco iria executar o bem judicialmente.

→ Arrendamento e hipoteca

Muito relevante do ponto de vista social é a **questão de saber qual o destino dos arrendamentos feitos de imóveis hipotecados em caso de execução da hipoteca**.

O **artigo 824º** é fundamental nesta matéria. Segundo o **nº2**, **a venda judicial é uma venda livre de ónus e encargos**, ou seja, quando a coisa é vendida judicialmente, o Tribunal está a vendê-la limpa, desonerada. Para que tal seja possível, o Tribunal vai citar todos os credores com garantia real e com o produto da venda, vai pagar a todos os credores garantidos de acordo com a sua preferência. Isto tem como resultado final a abolição de qualquer direito real de garantia que exista sobre a coisa. Apesar de isto parecer muito bem, **falta a esta disposição uma referência ao arrendamento**.

Como sabemos, o arrendamento não é um direito real de gozo, mas sim um **direito pessoal de gozo com estrutura obrigacional**, apesar de implicar o gozo de uma coisa. Entende-se que no arrendamento, o senhorio é o proprietário que faculta ao inquilino o gozo, mediante o pagamento de uma renda. Acontece que o arrendamento acaba por ser uma figura híbrida porque, não obstante a sua estrutura puramente obrigacional, o **artigo 1037º nº2** estatui que é atribuída a esta figura **eficácia erga omnes**, pelo facto de o arrendatário poder **usar dos meios de defesa da posse, mesmo contra o senhorio**. **Na prática, o arrendatário goza dos mesmos meios de proteção que o ordenamento jurídico concede ao titular de um direito real de gozo**.

O que se passa é que, face ao **artigo 824º**, as pessoas que comprassem o imóvel no âmbito da venda judicial, estariam a comprar também o arrendamento. Podemos concluir que a existência de arrendamento diminui substancialmente o relevo, a cobertura da hipoteca. Os arrendamentos destroem economicamente a hipoteca.

Há duas hipóteses:

- **o arrendamento é posterior à constituição da hipoteca**. Neste caso o credor hipotecário está a ser enganado. O que nos diz o **nº2 artigo 824º** é que os direitos de arrendamento ou usufruto que forem constituídos após a hipoteca vão caducar quando o bem for executado, isto se a hipoteca for registada antes.
- **o arrendamento é anterior à constituição da hipoteca**. Se, pelo contrário, o usufruto ou arrendamento forem anteriores à constituição da hipoteca, o que vai ser executado é a nua propriedade, mantendo o arrendatário todos os seus direitos.

A 1/01/2000, A compra uma casa e constituiu uma hipoteca a favor do banco C. Em 2010, cria um direito de usufruto a favor do B. Se houver uma execução da hipoteca, esta incidirá sobre a propriedade tal como ela existia à data de constituição da hipoteca, livre de usufrutuários. Se pelo contrário, o usufruto fosse anterior à hipoteca, o que ia ser executado era a nua propriedade, mantendo o usufrutuário os seus direitos.

No fundo, o que se faz aqui é uma **aplicação analógica do artigo 824º à situação do arrendamento**, porque, como já se disse, esse caso não vem aqui previsto. Há uma querelas doutrinárias e jurisprudenciais em torno deste assunto, já que nem todos concordam com esta analogia.

→ Cedibilidade

O **artigo 727º** diz-nos que **a hipoteca é cedível**, mesmo sem cedência do crédito garantido. A lei configura alguns limites para esta cedência, mas não desenvolvemos.

→ Substituição ou reforço

O **nº1 artigo 701º** prevê que **em caso de o objeto da hipoteca parecer ou se tornar insuficiente para a segurança da dívida, o credor pode exigir a substituição ou o reforço da hipoteca**. Não procedendo o devedor a tal substituição ou reforço, pode o credor exigir o cumprimento imediato da obrigação garantida ou, tratando-se de obrigação futura, registar hipoteca sobre outros bens do devedor.

Do **nº2** retiramos que este direito de exigir substituição ou reforço da hipoteca **aplica-se, em princípio, quer a hipoteca incida sobre bens do devedor, quer a hipoteca incida sobre bens de terceiro**.

→ Expurgação

Por fim o **artigo 721º** trata do regime da **expurgação da hipoteca**. É uma **forma especial de extinção da hipoteca por iniciativa do adquirente da coisa hipotecada**. Imaginemos o exemplo do A que transmite a propriedade de um prédio hipotecado ao B. Nessa transferência da propriedade, o B tem o direito potestativo de extinguir a hipoteca, isto é, expurgar a hipoteca mediante pagamento. A forma como vai pagar passa pelo preço da coisa. Na prática isto é muito raro.

Aspetos específicos da hipoteca voluntária

Algumas notas sobre a **constituição da hipoteca voluntária**:

- **pode ser constituída pelo devedor da obrigação garantida como por terceiro**, tal como resulta do **artigo 717º**;
- **O negócio constitutivo pode ser um negócio jurídico unilateral ou um contrato**, nos termos do **artigo 712º**;
- A constituição e a modificação da hipoteca voluntária sobre imóveis **podem constar não só de escritura pública ou de testamento como de documento particular autenticado**, segundo o **artigo 714º**. No que respeita à hipoteca sobre bens móveis, os vários diplomas sobre registo exigem apenas forma escrita.

Outro aspeto importante é a **proibição do pacto comissório**, prevista no **artigo 694º**. A lei prevê a **nulidade do acordo pelo qual o credor faz sua a coisa hipotecada no caso de o devedor não cumprir**. Esta é uma proibição muito antiga associada ao princípio da proibição da usura, ou seja, ao abuso de poder do credor sobre o devedor. Esta proibição do pacto comissório até há bem pouco tempo era considerada parte do princípio da reserva estruturante do ordenamento jurídico português, da ordem pública internacional do Estado português. Contudo, este pacto comissório é possível se no âmbito do penhor financeiro. Ora, se assim é, então já não é um princípio assim tão importante e não faz parte da tal reserva.

Há uma figura algo semelhante, o **pacto marciano**, mas **que é permitida por prever determinados mecanismos de fixação de preço, que garantem alguma tutela do devedor**, evitando que se possam realizar todas as maldades que podem ser realizadas ao abrigo do pacto comissório. A ideia é evitar que aquele que tem sobre o devedor um crédito de 100, faça sua uma coisa que vale 200. Há uma querela doutrinária sobre o que é realmente a proibição de pacto comissório e a sua distinção face ao pacto marciano sendo que este segundo é permitido.

Modos de extinção da hipoteca

O código civil trata da extinção da hipoteca nos **artigos 730º a 732º**. Como factos extintivos, o primeiro dos preceitos elenca nas suas alíneas: a **extinção da obrigação garantida**; a **prescrição**; o **pericimento da coisa hipotecada**; a **renúncia pelo credor**.

- a) **Extinção da obrigação a que serve de garantia** – Na medida em que a nossa lei configura a hipoteca como necessariamente acessória de um crédito, a extinção do crédito garantido implica a extinção da hipoteca. Iremos ver isto de forma reiterada a propósito de todos os direitos reais de garantia.
- b) **Prescrição** – Aquilo que a lei chama a prescrição da hipoteca só pode beneficiar um adquirente do prédio hipotecado, não o titular no momento da constituição e depende do decurso de dois prazos cumulativos: um de 20 anos sobre o registo de aquisição por esse adquirente; outro de cinco anos sobre o vencimento da obrigação garantida. É um regime específico que é duvidoso, dado que não se percebe muito bem se é prescrição ou caducidade. Não obstante, é de muito difícil verificação na vida prática.
- c) **Pericimento da coisa**. A perda do objeto da hipoteca determina a extinção da hipoteca, sem prejuízo da transferência, em tal caso, das preferências hipotecárias para o eventual direito à indemnização ou para os valores em que a mesma consista. Existe uma tendência para substituir um direito real menor por uma indemnização, que aliás já tínhamos observado no âmbito do estudo dos direitos reais menores. Remete-se aqui para os **artigos 692º e 701º** que são regras que permitem a transmissão dos direitos para créditos indemnizatórios.
- d) **Pela renúncia do credor**. Esta situação tem na gíria o nome de **distrate da hipoteca** e é possível em quase todas as situações de direito real hipotecário. Está associado ao fenómeno do banco comparecer na escritura de compra e venda do imóvel para renunciar à sua hipoteca e, nessa sequência, receber a quantia que ainda está em dívida.

Exemplo desta última hipótese: A compra a propriedade e, ao mesmo tempo, é constituída uma hipoteca a favor do banco B. Passados uns anos, A vende a propriedade a C, que passa a ser o proprietário. Mas o C também não tem dinheiro e pede dinheiro ao banco D, sendo constituída uma hipoteca a favor desse banco. Na escritura pública comparecem A, B, C e D. Há um contrato de compra e venda entre o A e o C, e há um contrato de mútuo com constituição de hipoteca entre C e D. Ora, B faz um ato unilateral de renúncia à hipoteca (distrate da hipoteca) dirigida ao proprietário. Do ponto de vista jurídico, o banco D vai colocar efetivamente o dinheiro na conta do C, mas não vai permitir que C movimente o dinheiro e o gaste. O dinheiro está momentaneamente na conta do C, mas é desde logo destinado ao A. O banco só avança com o dinheiro se tiver a certeza de que desaparece a outra hipoteca, por isso, isto é sempre feito com distrate.

A acrescentar que a **anulação da renúncia não tem efeitos retroativos**, não tem eficácia *erga omnes*, é fraca, por força do **artigo 732º**. Exemplo: O banco faz o distrate, mas fá-lo em erro ou sob coação. A renúncia nesse caso será um negócio jurídico anulável ou nulo, mas a declaração de nulidade ou anulação dessa renúncia não faz renascer a hipoteca com efeitos retroativos, como resultaria do **artigo 286º**. O normal no código civil seria operarem-se efeitos retroativos, mas aqui a lei afasta-se do regime regra e estabelece que a hipoteca só renasça com efeitos *ex nunc*, para o futuro.

Penhor

Noções gerais

No Direito Português, o **penhor é o direito real de garantia de origem negocial que tem por objeto coisas corpóreas móveis, créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca**, tal como estabelecido no **artigo 666º nº1**. Como qualquer direito real de garantia, **confere ao titular o direito a ser pago pelo valor do seu objeto, com preferência sobre os demais credores comuns**.

Antes de avançarmos em detalhe para os vários aspetos da definição de penhor, temos de olhar, antes de mais, para o **artigo 667º** que nos diz que **o penhor pode ser constituído pelo devedor ou por terceiro**, tal como vimos sobre a hipoteca. Concluimos assim que esta é uma regra relativamente comum aos vários direitos reais de garantia.

A palavra penhor pode surgir em dois contextos ou com dois sentidos. **Penhor pode ser a designação de um direito real de garantia, mas também pode surgir como designação do negócio jurídico ou contrato que tem como efeito essencial a constituição do direito real de garantia**. Este negócio jurídico constitutivo do penhor pode ser um negócio jurídico de prestação de uma caução, por exemplo. Imaginemos que, no âmbito de um litígio judicial, há uma sentença desfavorável que determina a execução de um bem, e a parte que perdeu quer recorrer. Essa parte que perdeu pode impedir a execução imediata se prestar uma caução. Uma das possibilidades para prestar essa caução é constituir um penhor, como estipulado pelo **nº2 artigo 666º**.

O que é essencial é saber que existe o direito real de garantia e também o negócio jurídico que dá origem a este instituto, que também tem o nome de penhor. Importa reiterar que, ao contrário do que vimos sobre a hipoteca, **o penhor, enquanto direito real de garantia, resulta sempre de um negócio jurídico**.

Já foi aqui evidenciada a ideia de que, tradicionalmente, no direito romano, o penhor envolvia a tradição da coisa e a posse do credor pignocrático, enquanto que a hipoteca não implicava a *traditio* e a posse, sendo esse critério distintivo na altura e não o atual focado no objeto sobre o qual incide. Foi dito também que são possíveis vários regimes especiais de penhor, sendo que a tradição romana de o penhor envolver a entrega da coisa e a posse ainda se faz sentir apenas em algumas das hipóteses.

Olhando para o **artigo 669º nº1** vemos que, **em relação ao penhor de coisas, a regra é a de que a *traditio* é um elemento constitutivo do penhor**. Isto significa que o penhor de coisas só “produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade dela, ao credor ou a terceiro”. Contudo, **a *traditio* não é um requisito essencial do regime geral de penhor, é antes uma exigência de alguns tipos de penhor**. O critério distintivo usado pelos romanos deixa de fazer sentido.

Objetos possíveis para o penhor

Como vimos no **artigo 666º**, a lei refere-se a **coisas móveis, créditos e outros direitos que possam ser constituídos não suscetíveis de hipoteca**. Quando a lei fala em coisa móvel, isto deve ser interpretada no sentido de coisas não sujeitas a hipoteca, já que alguns bens, apesar de móveis, são suscetíveis de hipoteca por estarem sujeitos a registo, como os automóveis, aeronaves e embarcações. Então, **o objeto do penhor será tudo o que não for suscetível de hipoteca**.

Sobre os **créditos**, há que olhar para o **artigo 685º** que contém o regime sobre o penhor de créditos. **O crédito pode ser empenhado logo que se torne exigível**, nos termos do **nº1**. O direito real de garantia não incide sobre uma coisa, mas sobre um crédito e o **credor pignoratício**, para garantia do seu crédito, tem o direito de empenhar outro crédito (de executar e cobrar um segundo crédito).

Exemplo: A e B celebram um contrato de mútuo com um penhor. O penhor dado a A por parte de B incide sobre um crédito anterior que este tem sobre C. Por outras palavras, B cede ao A um penhor sobre o crédito sobre C. Assim, o A enquanto credor deste crédito, tem legitimidade para cobrar o crédito de que C é devedor. De notar que este C é um terceiro completamente estranho à relação original entre A e B. Apesar de poder parecer uma cessão de crédito é muito diferente, dado que o penhor não vai chegar a entrar em ação se o B cumprir a sua obrigação, enquanto que na cessão de créditos temos uma transferência definitiva do crédito para outra pessoa.

Exemplo: A e B fazem um contrato de mútuo com um penhor. O penhor dado é um crédito de B sobre o C, que pode ter origem num mútuo ou numa compra e venda, por exemplo. Assim, B cede ao A um penhor sobre o crédito sobre C. Enquanto credor deste crédito, A fica com legitimidade para cobrar o crédito de que C é devedor.

Mais frequente é o **penhor sobre participações sociais**. Uma participação social é a posição jurídica de sócio numa sociedade, um conjunto de direitos e deveres que pertencem ao titular da participação. O sócio de uma sociedade anónima tem ações, enquanto que os das sociedades corpóreas têm quotas. Não obstante, podem ser ambas empenhadas. Se dei em penhor as minhas ações no BCP, por exemplo, e não pagar o crédito que está garantido por esse penhor, o meu credor passa a assumir a minha posição no BCP. Isto é muito frequente.

→ É possível um estabelecimento comercial ser objeto de penhor?

Esta é a primeira vez que ouvimos falar neste tema, não obstante ser central quer em termos de direito civil, quer em termos de direito comercial. A **noção de estabelecimento comercial é sinónima de empresa, em sentido objetivo**. Ao dizer isto, precisamos distinguir empresa em sentido objetivo da empresa em sentido subjetivo.

A **empresa em sentido objetivo**, é a empresa como objeto de negócios jurídicos ou como objeto de direitos reais. Por sua vez, a empresa em sentido subjetivo é o substrato da personalidade coletiva, é a realidade subjacente a uma pessoa coletiva. Assim, a empresa surge quer como realidade sociológica por trás de uma sociedade, quer como objeto de uma compra e venda ou objeto de um direito real de garantia. **Atualmente é admitida a possibilidade de empenhar uma empresa.**

Concluimos que o **estabelecimento comercial é um conjunto de bens (coisas), direitos e deveres, funcionalmente unificados pela gestão conjunta e pela afetação ao mesmo fim**. Por outras palavras, o estabelecimento comercial é o conjunto de realidades de natureza diversa, sejam eles mercadorias, matérias primas, débitos, equipamentos, posições contratuais, direitos de propriedade industrial entre outros, funcionalizados a um mesmo fim, que é, em princípio, uma atividade lucrativa. **Todas essas coisas funcionam como uma unidade com valor acrescentado. Estas coisas estão ligadas entre si para produzir valores económicos.** É o facto de estarem juntas que permite que esse conjunto gere liquidez. Separadamente, estes elementos não teriam o mesmo valor, daí que se fale em valor acrescentado.

Uma mercearia é um exemplo de estabelecimento comercial. As mercadorias, o imóvel, o contrato de arrendamento, os créditos, as posições perante a banca, são o conjunto de coisas, direitos e deveres, diretamente ligados à função de lucro da mercearia. O mesmo se passa com os aeroportos que, apesar de serem muito mais complexos, não deixam de ser estabelecimentos comerciais. Outro exemplo pode ser uma frota de aviões que é um estabelecimento comercial constituído pelos vários equipamentos, contratos com os pilotos, armazéns, o website, entre outros.

Importa chamar à colação o **artigo 206º** que contém a noção de **coisa composta ou universalidade de facto: pluralidade de coisas móveis com um destino unitário**. Há duas grandes discussões sobre este artigo. O primeiro que se discute é saber se as coisas compostas podem incluir apenas coisas corpóreas ou também realidades incorpóreas. A segunda discussão passa por perceber se podemos também incluir situações jurídicas ativas e passivas (direitos e deveres) no conceito de coisas compostas.

Sobre estes temas **há controvérsia doutrinária**, mas tem havido uma tendência geral no sentido de considerar o estabelecimento comercial em sentido objetivo como sendo uma coisa composta, complexa, uma unidade que incorpora também direitos e deveres, posições contratuais. **É esta universalidade que pode ser objeto de contratos de compra e venda, bem como de penhor, de um direito real de garantia.**

A polémica doutrinária estende-se, não apenas à natureza jurídica da figura do estabelecimento comercial, mas também à extensão das coisas, elementos que a compõem. Discute-se, por exemplo, se a clientela faz parte do estabelecimento comercial. Notar que estes pontos estão aqui a ser evidenciados, não aprofundados.

Por sua vez, **uma empresa em sentido subjetivo, substrato da personalidade coletiva, é uma organização de meios de produção para exploração profissional de uma atividade económica.** Como já se disse, na empresa em sentido subjetivo encontramos a realidade sociológica que está por trás de uma pessoa coletiva, o seu substrato. O legislador cria esta configuração jurídica de empresa para regular uma realidade sociológica, um ente jurídico. Se assim não fosse, se não fossem criadas pessoas coletivas, em vez de o BCP ser uma personalidade jurídica própria com quem fazemos um contrato de mútuo, a nossa contraparte seriam todos os sócios do banco.

Recuperando o tema objeto do negócio jurídico, o objeto dos direitos reais de garantia ou, no caso, do penhor, há que retomar a ideia de empresa em sentido objetivo. Por vezes, o que se está a vender ou a comprar é uma empresa, uma pessoa coletiva e, nós juristas, temos de saber quais as características da coisa complexa que foi vendida, quais o seu conteúdo, bens, direitos e deveres. O cumprimento defeituoso é uma discussão que implica saber o que é foi vendido, objeto da compra e venda, o que é a empresa, quais são os elementos, para depois se discutir se houve ou não cumprimento.

A propósito da empresa em sentido objetivo, a lei utiliza uma terminologia específica para alguns dos negócios que a envolvem. A compra e venda da empresa, **a transmissão do estabelecimento comercial, tem a designação de traspasse do estabelecimento comercial. Por seu lado, à locação do estabelecimento comercial chamamos de cessão de exploração do estabelecimento comercial.** O código civil faz referência a estas figuras a propósito dos **artigos 1109º e 1112º** respetivamente. Em grande parte das vezes, os locais onde estão a fábrica ou a mercearia são arrendados. Uma das questões que se colocam é a de saber se, uma vez vendido o estabelecimento comercial, as posições de inquilino/locatário também acompanham essa transmissão. A resposta da lei é que sim, havendo uma transmissão *ope legis* da posição contratual. Isto para não prejudicar a coisa complexa, o estabelecimento comercial.

No que toca aos direitos reais de garantia, a lei não faz referência à hipoteca nem tampouco ao penhor de estabelecimento comercial. Não sentido falar em hipoteca pelo facto de o estabelecimento comercial ser uma coisa complexa. Contudo, **faz todo o sentido discutir a possibilidade de penhor de estabelecimento comercial.** Para isso há que jogar e fazer uma **interpretação extensiva sistemática dos artigos 666º e 286º.**

Chegou a haver uma polémica sobre a admissibilidade do penhor de estabelecimento comercial, porém, o penhor de estabelecimento comercial é agora pacífico e o grande argumento é o facto de o CPC ter passado a admitir a penhora (apreensão judicial, diferente de penhor) do estabelecimento comercial. Para efeitos do CPC, o estabelecimento comercial é uma coisa complexa que pode ser penhorada. Daqui se retira um argumento sistemático para interpretação extensiva do **artigo 666º: se o estabelecimento comercial pode ser objeto de penhora, também pode ser de penhor.**

Já vimos que o **penhor de coisas (artigo 669º)** tem de envolver a *traditio*, a entrega da posse. Se assim é, isto inviabiliza o penhor do estabelecimento comercial, porque o empresário não pode prescindir da posse do estabelecimento, caso contrário deixaria de o gerir. Contudo, há outros regimes especiais, como o penhor a favor de instituições de crédito, que já não implicam a *traditio*, a posse a favor do credor. Aqui já fazia sentido criar um penhor de esta comercial, o que é frequente no mundo dos negócios.

Obrigações cobertas

A obrigação coberta ou garantida pelo penhor é a **obrigação principal e pode incluir também os juros**, por força do **artigo 693º**. E sem aqueles limites temporais que vimos a propósito da hipoteca (o tal regime ineficiente e gerador de vícios). A acrescentar que as obrigações cobertas podem ser futuras ou condicionantes, não tendo de existir no momento da constituição nos termos do **artigo 666º nº3**.

Regime comum do penhor

O regime regra do penhor é o regime do penhor de coisas estabelecido no **artigo 669º** que pode ser visto como um regime “*by default*”.

A primeira regra é a regra de **necessidade de entrega da coisa empenhada**, a *traditio*, prevista no **nº1** que já vimos. Em vez de se entregar a coisa, pode-se entregar um documento de confira a exclusiva disponibilidade da coisa em questão, que será o caso de uma guia de transporte. **A entrega da coisa, física ou simbólica, é condição de produção de efeitos jurídico-reais e efeitos jurídico-obrigacionais.**

A este propósito, podemos dizer que o penhor é um **contrato real** ou **contrato *quoad constitutionem*** (contrato real quanto à constituição), uma vez que só produz efeitos se forem associados a um ato real, à entrega da coisa. O contrato de mútuo é um desses contratos, já que só se torna eficaz se for entregue a quantia mutuada. Isto é um desvio à ideia de que os contratos se tornam eficazes por mero cruzamento das declarações de vontade. Em determinados casos, nomeadamente nos contratos reais *quoad constitutionem* e no penhor, em particular, **a eficácia real não resulta apenas da vontade das pessoas, carecendo de um ato real posterior de entrega da coisa.**

O segundo aspeto do regime é a **possibilidade de convenção quanto à execução extrajudicial**. Vimos que a hipoteca de exclusiva execução judicial para proteção do devedor. Aqui, no caso do penhor, já não funciona este regime de proteção, funciona antes a **regra geral de autonomia da vontade**, sendo possível convencionar que a execução seja feita extraprocessualmente, fora do tribunal, como previsto no **artigo 675º nº1**. Isto funciona através da **atribuição a um terceiro ou ao próprio credor pignoratício a possibilidade de vender a coisa**, executando o direito real de garantia para assim conseguir a satisfação do crédito com preferência sobre os demais credores.

No caso de o responsável pela execução ser um terceiro, esse terceiro não será um procurador, não atua em representação voluntária, **atua sob a figura da autorização ou legitimação**. Trata-se de um fenómeno de ingerência na esfera jurídica alheia diferente do da procuração, dado que no caso da procuração estamos a atuar em nome e por conta de quem nos atribui os poderes, ao passo que aqui atuamos em nome próprio. Não somos proprietários da coisa, mas estamos legitimados a dispor dela pelo penhor.

Segundo o **nº2** também é possível a **adjudicação ao credor pelo valor económico que o Tribunal fixar**. Contudo, esta hipótese é menos frequente na prática porque implica um processo moroso. O mais comum é optar pelo sistema do **nº1** que dá ao próprio credor a possibilidade de vender a coisa para satisfazer o seu crédito.

O terceiro aspeto que merece referência é a **proibição do pacto comissório**, estabelecida por remissão do **artigo 678º** para o **artigo 694º** do regime da hipoteca. É a proibição de se ter um clausulado que diga que, incumprida a obrigação, o credor garantido pode fazer sua a coisa hipotecada.

Esta proibição em relação à hipoteca é pacífica, mas em relação ao penhor é mais relevante. Deveria estar no regime do penhor com remissão para a hipoteca e não ao contrário, dado que o penhor é muito mais afetado por esta proibição na realidade sociológica. Esta é uma proibição que visa proteger o devedor, isto porque quando se está a recorrer ao crédito, está-se frequentemente otimista, o que por vezes corre mal, os créditos não são pagos e as garantias são executadas.

Um penhor associado a um pacto comissório seria extremamente violento porque, incumprida a obrigação, automática e imediatamente, o credor pignoratício pode exercer o direito potestativo de adquirir a coisa para a satisfação do seu crédito. Contudo, no **regime especial do penhor financeiro, esta proibição já não vale**, sendo o pacto comissório admitido nessa modalidade. Isto está relacionado com a natureza das coisas empenhadas no penhor financeiro. Sendo instrumentos financeiros com valor cotado, não há um risco de prejuízo efetivo para o devedor, o proprietário.

→ **Direitos do credor pignoratício**

Outro aspeto do regime geral do penhor é a **atribuição ao credor pignoratício de direitos em relação à coisa empenhada**. Um desses direitos é o **direito a cobrar frutos**, previsto pelo **artigo 672º**. Se a coisa empenhada gerar juros civis, esses juros devem ser usados para abater ao capital em dívida. No penhor não podemos falar de consignação de rendimentos, dado que a possibilidade de recolher frutos da coisa já constitui um mecanismo da satisfação do crédito.

Além deste direito aos frutos, o credor pignoratício tem vários direitos previstos nas alíneas do **artigo 670º**. A **alínea a)** diz-nos que a posse permite ao credor, **usar os meios de defesa da posse**, as ações possessórias. O credor pignoratício pode fazer valer a sua apreensão da coisa face a terceiros, inclusivamente face ao proprietário da coisa. Isto é extremamente importante, atribui um forte elemento de oponibilidade *erga omnes*.

A **alínea b)** apresenta o **direito a ser indemnizado por benfeitorias necessárias e úteis**. Contudo este direito não é tão importante quanto os outros. A **alínea c)** diz-nos que o credor pignoratício tem **direito a exigir a substituição ou reforço do penhor**.

Importante, a propósito do regime dos direitos do credor pignoratício, é a **discussão sobre se o penhor de ações e quotas envolve o direito de exercer os direitos sociais do acionista e do sócio**. Vejamos o seguinte exemplo: o banco B empresta dinheiro ao A que é acionista da empresa C S.A, tendo 51% do capital. Imagine-se que o banco B faz um mútuo com penhor sobre a participação social de A na empresa C. Em primeiro lugar, se não for cumprida a obrigação de pagamento do valor mutuado e dos juros, o C tem direito a promover a execução extraprocessual das ações. Dizemos ainda que os dividendos que a empresa C vai pagando, podem ser usados para abater à dívida, visto que o C tem direito aos frutos, como foi anteriormente explicitado. O problema está em saber quem tem o exercício dos direitos sociais empenhados. Quem exerce o direito de voto do A? O proprietário A ou o credor pignoratício B? **Depende do que for estipulado.**

Em contratos mais sofisticados, tende a haver um equilíbrio: em determinadas circunstâncias ainda vota A, mas se o crédito estiver à beira de incumprimento ou o risco estiver a aumentar, poderá estabelecer-se que o banco, credor pignoratício B, poderá, nessas situações, exercer os direitos de voto dessas ações, passando a controlar 51% do capital de C S.A. e, portanto, passando a controlar a empresa.

→ Obrigações do credor pignoratício

O credor pignoratício tem também algumas obrigações que estão elencadas nas alíneas do **artigo 671º**. A **alínea a)** prevê a **obrigação de administrar e guardar a coisa como um proprietário diligente**. Se a coisa fica na minha posse, tenho de a guardar e administrar bem. Se a coisa não fica na minha posse, mas exerço os direitos sociais, tenho de os exercer bem. Quando o credor pignoratício tem direitos, exerce poderes sobre a coisa, tem de exercê-los bem. Fala-se em **deveres fiduciários**, não podendo haver abuso dos poderes.

A **alínea b)** estabelece que o credor pignoratício tem a **obrigação de não usar a coisa sem o consentimento do autor do penhor, exceto se o uso for indispensável à conservação da coisa**. Por fim, a **alínea c)** diz-nos que, **o credor tem a obrigação de restituir a coisa, extinta a obrigação a que serve de garantia**.

Regimes especiais de penhor – em cinco minutos

→ Penhor de direitos

Este instituto está regulado nos **artigos 679º e seguintes** em conjunto com o **artigo 23º código das sociedades comerciais**, com grande autonomia de estipulação. Um dos melhores exemplos é o penhor de direitos sociais, ações.

→ Penhor financeiro

É regulado pelo **DL nº 105/2004** que resulta da transposição da diretiva **2002/47/CE** e regula os chamados acordos de garantia financeira que podem ser dois: penhor financeiro e alienação fiduciária em garantia. O **objeto do penhor financeiro** pode ser **numerário, qualquer instrumento financeiro e ainda determinados créditos**.

Há uma **limitação subjetiva**: **as partes têm de ser necessariamente pessoas coletivas e uma das partes tem de ser um banco central ou uma instituição subjetiva a uma supervisão prudencial**, nomeadamente, as instituições de crédito, bancos. Assim, só pode haver penhor financeiro entre empresas e a favor de bancos.

Outra nota importante é a **possibilidade de pacto comissório**. Há aqui um afastamento da proibição do pacto comissório, a que aliás já tínhamos feito referência. Isto significa que o credor creditício pode fazer sua a coisa penhorada em caso de incumprimento. Esta possibilidade de execução extrajudicial pelo próprio credor creditício é um direito potestativo que ele pode ou não exercer.

Aqui a proibição deixa de fazer sentido porque não há o prejuízo para o devedor que tínhamos visto sobre o regime geral. Se o objeto da penhora financeira for numerário, este terá sempre o seu valor facial e o mesmo se diz sobre as ações cotadas em bolsa. Assim, não existe o tal risco elevado de abusos pelo credor creditício.

Importa acrescentar que **existem regras especiais sobre subordinação de créditos em insolvência**. É um regime de proteção através da **limitação da resolução em benefício da massa**, que é uma figura algo próxima da impugnação pauliana. Sendo a insolvência uma execução universal, todos os credores podem ser chamados a executar.

A impugnação pauliana não constitui uma invalidade *strictu sensu*, o ato permanece válido, apenas é ineficaz em relação ao credor que o impugna. O património continua na esfera jurídica do terceiro, não volta para a esfera jurídica do credor, o que se passa é que há uma ineficácia desse negócio contra o credor e este vai poder agredir o bem, mesmo na esfera jurídica do terceiro.

Na resolução em benefício da massa há uma diferença fulcral já que o bem volta para a massa insolvente. Não há uma sanção de invalidade, mas apenas um regresso do bem à massa insolvente para que possa ser executado. Na prática, acaba por ser semelhante, a grande diferença é ser uma execução universal. Ente regime decompõe-se em resolução geral e depois temos outros regimes especiais, coisa que não vamos detalhar. O regime geral é muito menos exigente do que o regime da impugnação pauliana. **O regime do penhor financeiro exclui a aplicação das regras da resolução em benefício da massa, exceto quando o ato de constituição do penhor financeiro tenha sido feito com dolo para os credores**, ou seja, de forma fraudulenta. Os bancos estão constantemente a fazer penhores financeiros, dado que é um regime muito musculado.

→ Penhor mercantil ou comercial

O penhor mercantil está regulado no código comercial e os intervenientes são comerciantes, empresários ou empresas. O critério de qualificação de um penhor como penhor mercantil é o facto de a **dívida garantida ser um ato de comércio**. Se a obrigação garantida for considerada um ato de comércio, como uma compra e venda para revenda, então aí já estaremos no campo do penhor mercantil. A qualificação de um ato enquanto ato de comércio é bastante complexa e o próprio regime deste penhor também o é ou era, já que este acabou por desaparecer. O regime deste penhor é nulo ou praticamente nulo, porque está definido, mas não regulado. É uma caixa cheia de nada. Não há regime completo.

→ Penhor a favor de instituições de crédito

Está regulado no **DL 29 833 de 17 de agosto de 1939** e é de grande aplicação prática. Importa destacar o **artigo 1º**, que estabelece duas regras. Vejamos.

A primeira estatuição normativa **dispensa a entrega da coisa empenha**. Isto significa que a coisa não tem de ser entregue ao banco, o que constitui um desvio à regra do **artigo 669º**. Não havendo *traditio*, não é um contrato real *quoad constitutionem*.

A segunda estatuição normativa determina que o proprietário, que mantém na posse da coisa, passa a ser um possuidor alheio em nome do devedor. Assim, a lei estabelece que, para efeitos jurídicos, **apesar de a detenção da coisa ficar no proprietário, o credor pignoratício não deixa de ser considerado possuidor, isto para ter acesso aos meios de defesa da posse**. Na prática, as instituições de crédito beneficiam de dois regimes especiais do penhor: este e o regime do penhor financeiro.

→ Penhor a favor de prestamistas (casas de penhor)

Previsto no **DL 160/2015** que tem um regime de proteção dos consumidores porque se parte do princípio que quem recorre a essas casas de penhor está em situação difícil.

→ Penhor a favor do exequente

Regulado no **artigo 807º CPC**, resulta de uma alteração ao CPC em 2013 e é um regime totalmente novo. O professor considera que este é um penhor estranhíssimo, um capricho do legislador. Não envolve o desapossamento, a *traditio*, e acaba por não ser muito relevante do ponto de vista sociológico. Antes de 2013, o grande problema da justiça era o elevado número de execuções (cerca de 80% dos processos pendentes eram executivos). Aquando da reforma do CPC de 2013, criou-se este regime para diminuir o número de execuções, uma espécie de **operação de “cosmética”**.

Modos de extinção do penhor

O regime de extinção do penhor está no **artigo 677º** e é essencialmente um regime de remissão para a hipoteca, mas com algumas nuances.

O penhor extingue-se pelas seguintes causas: **restituição da coisa empenhada, restituição do documento que confira a disponibilidade sobre a coisa empenhada e factos que determinam a extinção da hipoteca**, previstas no **artigo 730º**, **com exceção da prescrição**. A restituição da coisa empenhada é como um ato tácito de renúncia.

A consignação de rendimentos

Como vimos, a hipoteca e o penhor permitem ao seu titular pagar-se pelas forças do valor de uma coisa. A par dessas figuras, as leis preveem, desde há muito, **outra garantia que concede ao seu titular o direito de se pagar pela força dos rendimentos ou do uso da coisa e não pelo seu valor, é a consignação de rendimentos**. Aqui o credor não vende a coisa, mas extrai dela os seus frutos, os seus rendimentos.

Outra denominação possível deste instituto é **anticrese** e o regime vem previsto no **artigo 656º e seguintes**. A consignação de rendimentos pode ser **constituída pelo devedor ou por terceiro** e pode ser **voluntária ou judicial**.

Do **artigo 824º** resulta que os bens executados judicialmente são transmitidos livre dos direitos de garantia que os oneram. Por outras palavras, **em caso de venda judicial, são extintos todos os direitos reais de garantia**. O que significa que a anticrese também é extinta. Isto permite-nos concluir que **a consignação de rendimentos é um direito com um carácter real reduzido, já que tem uma fraquíssima oponibilidade erga omnes**. O titular deste direito consegue obter os rendimentos da coisa, mas em casa de venda judicial, extingue-se. Azar para o titular da consignação de rendimentos.

A consignação de rendimentos **pode ser constituída não apenas para garantia de um crédito, mas também para cumprimento da obrigação**. A diferença é que a consignação como garantia só é acionada ou só se inicia na fase patológica, quando há incumprimento. Enquanto que quando a consignação é o cumprimento, esta vigora *ad inicio* e não depende de qualquer situação patológica, sendo o normal funcionamento daquele contrato.

Como mecanismo de garantia do crédito é socialmente raro, uma vez que para o credor interessa mais uma hipoteca ou um penhor, por ser preferível receber o valor das coisas, em vez de rendimentos e pelo seu fraco carácter real. Há ainda que realçar que existe um instituto algo semelhante, a **consignação de receitas**, mas é um **mero meio de pagamento** e não um direito real de garantia.

Objetos possíveis

O **artigo 656º nº2** restringe a consignação de rendimentos aos **bens imóveis** e aos **móveis sujeitos a registo**. No **artigo 660 nº2** a lei mostra que entre os objetos possíveis de consignação de rendimentos estão também os **títulos de créditos nominativos** (letras e livranças). Isto delimita a aplicabilidade do regime da consignação de rendimentos. Quanto aos bens móveis não sujeitos a registo não é possível e a melhor solução será o penhor, que vai abranger também os rendimentos desses bens.

Modos de constituição

Diz-nos o **artigo 658º** que consignação de rendimentos pode ter por fonte um **negócio jurídico** ou uma **decisão judicial**, sendo voluntária ou judicial respetivamente. A consignação de rendimentos judicial surge na ação executiva como meio de pagamento. O bem é penhorado e o exequente tem a possibilidade de, em vez de pedir a venda judicial, optar pela mera consignação de rendimentos. Isto é muito raro porque os credores querem ver o seu crédito satisfeito o quanto antes e, se optarem por esta solução, arriscam-se a que venha outro credor exigir a venda judicial e assim perdem tudo, inclusive o seu direito real de garantia.

O **artigo 661º** determina que é possível estipular que os bens sujeitos à consignação permanecem com o devedor, passam para o credor ou ficam à guarda de terceiros.

Obrigações garantidas

Tal como na hipoteca e no penhor, as **obrigações garantidas podem ser condicionais ou futuras**, nos termos do **artigo 656º nº1**. A consignação pode garantir só dívidas de capital, só dívidas de juro ou dívidas de capital e juros, como se lê no **nº2 artigo 656º**.

O *modus operandi* da consignação de rendimentos

Antes de mais, diga-se que podem existir limites temporais. A consignação de rendimentos pode fazer-se **por prazo certo** ou **até ao pagamento da dívida**. No entanto, resulta no **artigo 659º nº1** que nunca pode ultrapassar os 15 anos quando incida sobre o rendimento de bens imóveis. Em segundo lugar, o pagamento por meio de consignação de rendimentos dá-se imputando estes rendimentos à dívida, à medida que o credor os for recebendo. O **nº2 artigo 661º** estabelece que se a dívida for de capital e juros, os rendimentos serão imputados em primeiro lugar aos juros, naturalmente.

Extinção da consignação de rendimentos

O **artigo 664º** diz-nos que a consignação se extingue pelo **decurso do prazo** estipulado ou pelas mesmas **causas por que cessa o direito de hipoteca**, previstas no **artigo 730º**, exceto a prescrição. Assim, há uma remissão generalizada para o regime da hipoteca, o que se compreende visto que a consignação de rendimentos é uma espécie de hipoteca só que sobre os rendimentos. Daí que o **artigo 665º** apenas remissivo.

Natureza jurídica

Como vimos, a consignação de rendimentos não sobrevive á venda judicial, por força do **artigo 824º nº2**, pelo que **tem uma eficácia erga omnes diminuta**. A acrescentar que, em rigor, **a consignação não incide sobre a coisa, mas sobre os seus rendimentos**. São os rendimentos que são atribuídos ao titular deste direito com preferência sobre os demais credores, sendo que no valor da coisa, não tem qualquer preferência. Daí que, mais uma vez, se deva questionar a natureza real da consignação de rendimentos. Concluimos que esta figura é de pouca importância sociológica.

Privilégios creditórios

Este direito real de garantia vem definido no **artigo 733º**, onde se lê que o **privilégio creditório é a faculdade atribuída pela lei a um credor de ser pago com preferência a outros credores, independentemente de registo**. O elemento diferenciador essencial, mais relevante, é a origem legal, a constituição através da lei. Nos privilégios creditórios nós temos o legislador a estabelecer preferências a favor de determinados credores, na concorrência ou no confronto de vários direitos reais de garantia.

Em determinadas circunstâncias, como há uma grande elasticidade do regime, há uma prevalência de certos direitos. Assim, a lei vai estabelecer direitos de garantia mais fortes do que aqueles que autonomia privada estabelece. **Há uma propensão cíclica para alargar ou estabelecer mais privilégios creditórios, mas depois, em contraciclo, reduzir a quantidade de privilégios creditórios**. Porquê esta bipolaridade?

Estes regimes jurídicos funcionam para benefício das entidades públicas e são, por hipótese, privilégios estabelecidos a favor de créditos fiscais. Podem ser também concedidos a determinados privados mais frágeis e que careçam de uma maior tutela jurídica, por exemplo os trabalhadores. Não obstante, o mais frequente é serem entidades públicas ou créditos fiscais. **A ideia é tutelar o interesse público ou os interesses das partes desfavorecidas, o que explica a sua expansão**.

Por outro lado, os **períodos em que o Estado tenta diminuir estes privilégios creditórios devem-se ao facto de estes funcionarem como limitações surpresa à propriedade privada**, em rigor à hipoteca e ao penhor. A concessão de crédito, o financiamento, é baseada na obtenção de garantias reais pelos credores, principalmente pelos bancos. Como o financiamento da economia é absolutamente essencial, o legislador em determinados ciclos tenta abolir os privilégios creditórios para reduzir os custos e os riscos das operações financeiras.

Os principais financiadores são os bancos e instituições de crédito, mas procuram garantias para que o possam fazer. Isto é essencial para o funcionamento do mercado financeiro e da economia, se a instituição de crédito que concede um mútuo obtém uma hipoteca como garantia, mas depois de forma surpreendente não consegue obter a satisfação do seu crédito por um privilégio creditório se lhe ter sobreposto, vai fazer com que se perca confiança nos direitos reais de garantia, o que torna a atividade de financiamento muito mais arriscada. Isto, por sua vez, resulta num aumento do preço do crédito (maior taxa de juro), o que nos leva à falta de financiamento da economia. No final do dia, vou ter um menor pagamento dos créditos fiscais e menores políticas sociais, dado que toda a economia diminui, entre eles o financiamento ao Estado.

Vejamos alguns movimentos cíclicos de abolição: o CC de 1966 teve várias iniciativas de abolição destas figuras; quando se fez o código de insolvência em 1933, houve também uma abolição generalizada de privilégios creditórios; na sequência da criação de novos códigos vão surgindo diplomas extravagantes que reduzem os privilégios creditórios. O professor considera que esta figura devia ser abolida de vez, já que põe em causa os mais importantes serviços públicos, como a saúde ou a educação.

Modalidade ou espécies de privilégios creditórios

Olhando para o **artigo 735º**, conseguimos fazer duas distinções. Os privilégios creditórios podem ser: **mobiliários** ou **imobiliários**, consoante incidam sobre bens móveis ou imóveis respetivamente; **gerais** ou **especiais**, consoante incidam sobre todos os bens que integram o património do devedor ou apenas uma parte, respetivamente.

O **nº3 artigo 735º** estabelece que os **privilégios imobiliários são sempre especiais**. Enquanto que o **nº2** determina que os **privilégios mobiliários podem ser gerais ou especiais**. No CC houve uma abolição dos privilégios imobiliários gerais, fruto das forte surpresa e limitação que causavam à propriedade privada. Contudo, ainda podem ser encontrados fora do código em legislação avulsa.

Como **exemplos de privilégios imobiliários gerais** tínhamos previsões em leis sobre segurança social, IRS, IRC e salários em atraso. Contudo, estas também têm vindo a desaparecer porque surgiram dois acórdãos do TC que, em 2002, consideraram os privilégios imobiliários gerais inconstitucionais, na interpretação em que esses privilégios preferem a hipoteca. As restantes leis tendem agora a ser mais sofisticadas para não cair na inconstitucionalidade.

Como **exemplos de privilégios imobiliários especiais** temos o **IMI**, previsto no **artigo nº1 744º** e o **IMT** (antiga sisa) no **nº2**. O IMI apenas incide sobre o património sujeito à tributação, que gera a obrigação fiscal e o IMT é só sobre os bens que são transmitidos. Outro exemplo são os créditos por despesas de justiça previstos no **artigo 743º**. Quando se discute uma ação em Tribunal, há sempre uma regra sagrada: as despesas de justiça de um processo executivo são sempre as primeiras a ser pagas. Estes são os dois exemplos do código civil que importam destacar. O **artigo 303º do Código Trabalho** diz-nos que o imóvel que constitui o local de trabalho é alvo de privilégio creditório a favor dos trabalhadores. A surpresa é mais reduzida no sentido em que não incide sobre todos os imóveis da empresa, mas apenas aquele que for o local de trabalho.

Os **privilégios mobiliários gerais** estão regulados pelo **artigo 736º e seguintes**. Temos, por exemplo, as despesas de funeral do devedor, sendo que os códigos de IRS, IRC e segurança social também estabelecem mais privilégios como estes. Por sua vez, os **privilégios mobiliários especiais** estão no **artigo 738º**, onde podemos encontrar as despesas de justiça, novamente.

Preferência relativa dos privilégios no confronto com outros direitos reais de garantia

Os **privilégios imobiliários especiais** preferem à hipoteca, à consignação de rendimentos e ao direito de retenção, nos termos do **artigo 751º**. Estes são os que estão no topo da cadeia, os que preferem mais. **Preferem sempre, independentemente de terem sido constituídos posteriormente.**

Quanto aos **privilégios mobiliários especiais**, o **artigo 750º** diz-nos que vigora um **critério de prioridade temporal face ao penhor**, na medida em que prevalece o mais antigo. Este é um critério honesto, considera o professor Caetano Nunes, aqui o regime do privilégio é menos musculado e não provoca efeitos surpresa na esfera dos privados.

Já os **privilégios gerais nunca prevalecem no concurso com outros direitos reais de garantia, apenas contra credores comuns**, por força do **artigo 749º**.

Na economia do nosso código civil, o problema do efeito surpresa joga com os privilégios mobiliários especiais. Estes é que podem levantar problemas no confronto com outros direitos reais de garantia, sobretudo a hipoteca. Acontece que o CC não é o único diploma no ordenamento jurídico português, mas mesmo fora do CC já não há qualquer norma que diga que os imobiliários gerais prevalecem sobre a hipoteca, face aos acórdãos do TC. O código civil é agressivo quanto aos imobiliários especiais.

Concurso de privilégios creditórios

Na medida em que sobre os mesmos bens podem incidir vários privilégios, o CC regula esse concurso nos **artigos 745º a 748º**. A essa regulação soma-se a constante noutros diplomas, como o código do trabalho e o CIRE. Vejamos o seguinte exemplo: A está a ser executado e temos a hipoteca de X, IMI de Y e as despesas de justiça; o juiz olha para o CC e sabe que em primeiro lugar, A vai ter de pagar as despesas da justiça (**artigo 746º**), seguindo-se o IMI e no fim a hipoteca. É quase certo que os primeiros dois vão ser pagos na totalidade, mas pode não sobrar o suficiente para o último.

Mecanismo de extinção

O **artigo 752º** opera uma **remissão para o regime da hipoteca**. Há também o **artigo 97º código de insolvência** que nos dá mais causas de extinção desta figura, estabelecendo a extinção dos privilégios do Estado ou das autarquias locais e ainda da segurança social constituídos há mais de 12 meses na execução universal. É a tal lógica cíclica destes privilégios, dado que esta regra limita muito os privilégios.

Natureza jurídica

Quando têm **oponibilidade erga omnes** e **sequela**, são verdadeiros direitos reais de garantia. Quando não possuem estas duas características, não o são. O IMI e IMT, previstos no **artigo 744º**, têm estas características, e o mesmo se diz sobre o **artigo 751º**, dado que, se o prédio for vendido, a obrigação de pagar o IMI subsiste. Estes dados mostram que estes privilégios creditórios têm natureza real e, para o professor Caetano Nunes, são os mais fortes.

Em contraponto, os **privilégios mobiliários gerais**, previstos no **artigo 749º**, não valem contra terceiros, apenas estabelecem uma preferência no confronto com os credores comuns. Por isso têm um carácter real nulo ou muito reduzido. A natureza real ou não real destes depende da modalidade de privilégio creditório.

Direito de retenção

Segundo o **artigo 754º**, o **direito de retenção é o direito concedido pela lei a um credor que detém uma certa coisa do devedor consistente na faculdade de se fazer pagar por força da sua venda judicial**.

Nesta parte do CC encontramos uma técnica legislativa dupla: o **artigo 754º** apresenta a regra geral, ao passo que o **artigo 755º** trata dos casos especiais. Vamos focar-nos no primeiro.

Quanto à regra geral do **artigo 754º**, os elementos da previsão legal que constituem pressupostos são quatro: **detenção de um bem alheio; dever de o entregar; crédito sobre o credor da entrega; conexão entre o crédito do retentor e o do seu credor**. A estatuição desta norma lega é reter a coisa e fazer-se pagar pelo valor dela com preferência sobre os demais credores.

É importante ter em conta que **podem incidir sobre imóveis** (o empreiteiro que faz a obra e tem a detenção da coisa, a qual pode reter se não for pago) e **móveis** (o dono da oficina que fez a reparação de um carro pode retê-lo se o serviço não for pago). **A coisa pode pertencer ao devedor ou a terceiro** (Exemplo – ando com o carro da minha mãe e levo-o à oficina para mudar os pneus. Se não pagar, o dono da oficina pode reter o carro, independentemente de eu, devedor, não ser o dono). **É um direito com eficácia erga omnes que prevalece mesmo quando o proprietário da coisa seja um terceiro**.

O **artigo 759º nº2** determina a **prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente**, o que nos leva a concluir que este regime é bastante musculado. **Ainda que incida sobre bens sujeitos a registo, o direito de retenção não carece de registo**. A publicidade dá-se pela detenção da coisa, posse.

O professor Caetano Nunes considera que faz todo o sentido aplicarmos por analogia a mesma regra para os bens móveis sujeitos a registo, mas diz que esta questão acaba por não ter relevância social e que não há jurisprudência para esclarecer esta questão que a lei deixou em aberto. Não é frequente hipotecarmos automóveis ou aeronaves, já que existem outras garantias mais eficazes para estes bens.

Como já foi referido, este **regime foi redigido com uma técnica legislativa dupla de cláusula geral e casos especiais**. Isto deve-se à elevada relevância social da figura do direito de retenção. Em Portugal existem muitos casos de direito de retenção, pelo que importa estudar o regime de forma detalhada.

Os casos mais relevantes são dois: **empreiteiro e promitente comprador de frações autónomas**. O do empreiteiro não está especialmente previsto, mas cabe na cláusula geral do **artigo 754º**, ao passo que a segunda situação está expressamente prevista pelo **artigo 755º nº1 f)**. Importa referir que noutros países europeus esta figura tem uma importância muito mais reduzida e nem chega a existir cláusula geral, apenas regimes especiais e ainda assim menos do que aqueles que o nosso ordenamento jurídico prevê.

O facto de o direito de retenção não estar sujeito a registo levanta alguns problemas por ser uma **limitação surpresa à propriedade privada**, sobretudo por prevalecer à hipoteca. Mesmo que incida sobre imóveis, o direito de retenção não é levado a registo predial. Como sabemos, a publicidade é um elemento essencial nos direitos reais e aqui, no caso das garantias reais, é igualmente importante. No caso da hipoteca, esta só produz efeitos se for levada a registo, ao passo que o direito de retenção não contém esta exigência, o que causa problemas visto que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca. Faria sentido que houvesse a exigência de registo também aqui, até porque pode incidir sobre imóveis.

Pressupostos e delimitação do direito de retenção – artigos 754º a 756º

Este regime tem pressupostos positivos e pressupostos negativos. Estes segundos são negativos porque quando se verificam determinam o afastamento do regime do direito de retenção, logo podem ser vistos como delimitações. O **artigo 754º**, a que já fizemos referência, apresenta os pressupostos para que seja possível a existência de um direito de retenção, enquanto que o **artigo 756º delimita negativamente o direito de retenção, estabelecendo uma série de situações em relação às quais este direito não existe**. Importa proceder a uma análise conjunta destes dois preceitos.

Quanto aos **pressupostos gerais positivos**, previstos pelo **artigo 754º**, estes são:

- **detenção de um bem alheio;**
- **dever de entrega; crédito sobre o credor da entrega;**
- **conexão entre o crédito do retentor;**
- **e outro crédito.**

Assim sendo, só surge um direito de retenção quando há uma pessoa que tem um bem, mas tem o dever de o devolver, de entregar e não o faz porque tem um crédito sobre o credor da entrega, havendo uma conexão entre o seu crédito e o crédito da devolução da coisa. Ambos integram a mesma relação obrigacional.

Vejamos novamente o exemplo do empreiteiro: finalizada a obra, o empreiteiro tem a obrigação de a entregar ao credor (quem encomendou a obra); este, por sua vez, é devedor do preço perante o empreiteiro, credor desta obrigação; temos então dois créditos que estão conectados entre si. Assim, se o devedor do preço, credor da entrega, não pagar, o empreiteiro, devedor da entrega e credor do preço, tem direito de retenção sobre a obra. O empreiteiro pode reter a coisa até ao pagamento do preço. O mesmo se diz em relação ao caso do promitente vendedor e promitente comprador. No contrato promessa, o promitente vendedor tem o dever de entregar a coisa, mas tem direito a receber o sinal. Enquanto não receber o sinal, pode recusar-se a entregar a coisa.

Quanto aos **pressupostos negativos do artigo 756º**, não há direito de retenção se:

- A detenção do bem tenha sido obtida por meios ilícitos, desde que o eventual retentor conhecesse essa ilicitude no momento da obtenção;
- O crédito do eventual retentor resulte de despesas feitas de má-fé;
- O bem seja impenhorável;
- A outra parte preste caução suficiente.

Outras disposições relevantes

O aspeto mais importante do regime é a **prevalência sobre a hipoteca**, prevista no **artigo 759º nº2**, e a que já fizemos referência. Outro aspeto é a **transmissibilidade** ser possível apenas com a transmissão do crédito garantido, nos termos do **artigo 760º**.

Temos ainda outro aspeto que não resulta do CC, mas do CPC: **em caso de penhora, o depositário do bem ser o retentor**. O processo executivo tem essencialmente dois momentos: a penhora e a venda judicial. Quando os bens são penhorados em processo executivo, é nomeado um depositário para guardar a coisa até à venda judicial. O depositário é, frequentemente, o proprietário, mas pode ser nomeada outra pessoa.

Quando existe um direito de retenção, a lei processual civil estabelece que o retentor é nomeado depositário. Assim, mesmo que haja penhora, o retentor fica como possuidor da coisa e só vai perder essa posse quando for efetuada a venda judicial.

Confronto entre o direito de retenção e a exceção de não cumprimento

O direito de retenção tem proximidade com a figura da exceção de não cumprimento do contrato, regulada no **artigo 428º e seguintes**. No direito de retenção há sempre a faculdade de retenção e na *exceptio* existe também uma faculdade de tal tipo quando a obrigação cujo cumprimento se reusa é uma obrigação de entregar uma coisa. No entanto, há duas diferenças essenciais entre as figuras:

- Na *exceptio* nunca há a faculdade e obtenção de pagamento pelo valor da coisa;
- A *exceptio* só é invocável perante o outro contraente, ao passo que o direito de retenção é oponível *erga omnes*.

Assim sendo, é uma figura distinta. Contudo, nada obsta a que estas figuras coexistam, já que há casos em que o credor tem direito a utilizar não apenas a exceção de não cumprimento, como também o direito de retenção. Em todo o caso, o **direito de retenção** é uma figura com uma **força de oponibilidade muito superior** à exceção, porque **permite obter a satisfação do crédito pelo valor da coisa** e, também, **permite-o com oponibilidade *erga omnes***.

Assim, o direito de retenção compreende dois poderes ou faculdades: retenção da coisa (com oponibilidade *erga omnes*) e satisfação do crédito pelo valor da coisa (com oponibilidade *erga omnes*). Esta segunda faculdade é que é típica de todos os direitos reais de garantia. A vantagem de um direito real de garantia é satisfazer o crédito pelo valor da coisa ou dos rendimentos com oponibilidade *erga omnes*, isto é, preferência sobre os credores comuns.

A exceção do não cumprimento, que permite que eu não pague enquanto não for pago, acaba por ter uma função social que se sobrepõe à do direito de retenção, contudo não há qualquer oponibilidade *erga omnes*, o que significa que não posso, por exemplo, recorrer aos meios de defesa da posse. Assim, o único traço comum é a possibilidade de retenção, não entrega da coisa.

Principais situações de relevância

→ Caso do beneficiário de promessa de venda de imóvel

O **direito de retenção do promitente-comprador** vem previsto na **alínea f) nº1 artigo 755º**. Este direito apenas opera quando há entrega da coisa, *traditio*, e o crédito que joga com o direito de retenção é o previsto no **artigo 442º** que regula o regime do sinal. Os pressupostos base são: **existência de um contrato promessa com *traditio*, o incumprimento e o direito ao sinal em dobro**.

O **contrato promessa** é um contrato *quoad effectum* com prestações recíprocas: dever de celebração de contrato definitivo. Assim, há um promitente comprador e um promitente vendedor. Com a celebração do contrato promessa, não há transmissão de direitos reais, o que existe são deveres obrigacionais de em determinada data celebrar o contrato prometido.

Em Portugal, é muito comum fazerem-se **promessas de aquisição de frações autónomas** que ainda não foram edificadas. Nesses casos, o promitente comprador entrega um **signal**, uma quantia para garantir a celebração do contrato definitivo.

O sinal começa por ser um valor reduzido, mas pode ser reforçado. Nos casos em que o edifício já está construído e se aguarda pela legalização e constituição da propriedade horizontal, há um **reforço do sinal associado à entrega da coisa**. Assim, mesmo antes desses detalhes estarem resolvidos, é costume que a coisa seja entregue e as pessoas se mudem para a fração autónoma, ainda ao abrigo do contrato promessa, antes mesmo de ser celebrado o contrato definitivo. Aí o sinal já será uma quantia significativa do preço final.

Se, por qualquer motivo, não for celebrada a escritura (prestação devida), e esse motivo for imputável ao promitente vendedor, tudo é destruído com eficácia retroativa, diz-nos o **artigo 442º** que o **promitente vendedor tem de devolver o preço pago e o sinal em dobro**. O promitente comprador tem um dever de entrega da coisa para desfazer a *traditio* e tem o direito de receber o sinal em dobro. **É um direito de retenção: o promitente comprador só vai entregar a coisa quando receber o sinal em dobro.**

Acontece que, socialmente, esta situação só se passa quando o promitente vendedor vai à insolvência, o que torna o dever de pagar o sinal em dobro teórico, já que o mais provável é o promitente comprador não receba o que lhe é devido.

Este caso cria **problemas ou disfunções no mercado da promoção imobiliária por causa da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca**, já que toda a atividade imobiliária depende de financiamento bancário que por sua vez assenta em hipotecas. O banco ao financiar a atividade imobiliária, obtém uma hipoteca sobre o prédio enquanto é edificada determinada habitação. O banco vai libertando dinheiro à medida que o prédio vai sendo construído, de forma a que a hipoteca vai passando a incidir não apenas sobre o terreno, mas sobre todos os materiais edificados, como já tínhamos visto. O banco terá um engenheiro a acompanhar todas as fases da construção e o financiamento vai operando, isto é, o dinheiro vai sendo libertado, à medida que a garantia real vai aumentando de valor. O problema do direito de retenção neste jogo da hipoteca é que no final do dia, **o banco pode ter emprestado uma quantia muito elevada, porque já está construída a edificação, só faltando a legalização, mas de repente surge uma garantia oculta que é o direito de retenção**. O banco não estava a contar que o seu devedor fizesse uma *traditio* do bem ao promitente comprador nem estava a contar com o sinal em dobro que prevalece à hipoteca.

Em todo o caso, o STJ é bastante sensível a esta situação e, no **AUJ 4/2014**, **confirma a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca quando o que está em causa é um promitente comprador consumidor**. Há um apelo à proteção do promitente consumidor do mercado habitacional. Indiscutivelmente este **artigo 755º nº1 alínea f)**, funciona quando o beneficiário da promessa é um consumidor. A proteção dos bancos é estabelecerem no contrato com o promotor imobiliário que a proibição da *traditio*.

Contudo é **duvidosa a aplicação da prevalência**, prevista no **artigo 759º nº2**, **quando o beneficiário da promessa não é esse consumidor do mercado habitacional**. Nesse caso, duvidaremos da constitucionalidade dessa disposição.

Do ponto de vista económico, esta análise de jurisprudência pode ser questionável. Questionável porque o que isto gera é uma viabilização do risco em todos os consumidores ou em todos os agentes económicos, todas as famílias. Os bancos não vão buscar dinheiro aos acionistas para pagar estes problemas. Quando o banco não consegue o cumprimento da hipoteca, o que acontece é que vai cobrar juros mais elevado na generalidade das operações bancárias, nomeadamente no crédito à habitação, para cobrir o risco sistémico dessas situações de existência de direitos de retenção. Ao fim e ao cabo, quem vai pagar isto tudo será a generalidade dos consumidores que vão ter o acesso ao crédito bancário à habitação mais difícil, mais caro, por força destas limitações surpresa à propriedade privada.

A hipótese alternativa seria ter regras que claramente fizessem prevalecer a hipoteca. O efeito é que, os consumidores no mercado habitacional não iam dar o sinal para obter a *traditio*, isto faria com que os consumidores não pusessem tanto dinheiro nas mãos de promitentes vendedores, promotores imobiliários com menor consistência. Tendo a hipoteca mais protegida, o risco dos bancos era menor, o que geraria uma diminuição dos juros no crédito à habitação.

Em alternativa, podíamos ter regras que fizessem com a que hipoteca prevalecesse. O efeito disto seria que os promitentes compradores, não iam dar o reforço de sinal para obter a *traditio*, mas isso seria positivo. Faria com que as pessoas não pusessem tanto dinheiro nas mãos de promitentes vendedores com pouca consistência, nomeadamente os promotores imobiliários de menor confiança. No fundo, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca faz com que os promotores mais burlões façam a *traditio* mediante o pagamento de grandes quantias de reforço do sinal. O que tem este duplo efeito negativo, sobre a segurança jurídica, mediante as surpresas à propriedade, e sobre os mercados dos promotores imobiliários.

Há ainda que falar na **possibilidade de haver *traditio* de um apartamento que ainda não foi constituído em propriedade horizontal**. A jurisprudência é pacífica no sentido em que o direito de retenção pode operar não apenas em relação a uma fração autónoma ou a um prédio, mas também em relação a um apartamento, uma parte de um prédio que ainda não está sujeita ao regime da propriedade horizontal.

Isto **vai contra a característica da especialidade ou individualização** que nos diz que os direitos reais só podem incidir sobre realidades existentes juridicamente e não futuras: só pode haver direitos reais sobre prédios e frações autónomas, e não sobre apartamentos, partes de prédios não individualizadas juridicamente. No caso do **artigo 755º nº1 f)**, a jurisprudência é algo estranha, já que vai contra a regra, permitindo que haja direito de retenção sobre um apartamento, quando o que foi penhorado ou vendido judicialmente foi o prédio no seu todo. **Há um direito de retenção sobre uma coisa que não é uma coisa jurídica**.

Estes direitos aplicam-se geralmente em processos executivos. Quando ainda não é constituída a fração autónoma, não é possível vender os apartamentos, apenas é possível vender o prédio como um todo. Se assim for, os primeiros a ser pagos numa situação de insolvência, são os titulares dos direitos reais de garantia sobre o prédio e não sobre os apartamentos que ainda não são frações autónomas.

Atenção que, segundo a característica da indivisibilidade da hipoteca, esta passa a abranger todas as frações autónomas quando constituída a propriedade horizontal, mas nem é preciso chegarmos a esse ponto. O professor é contra estas regras, por considerar que devem prevalecer as características supracitadas integrantes dos direitos reais.

→ Empreitada e direito de retenção

Outra hipótese socialmente relevante é o já referido **direito de retenção do empreiteiro** que é típica nos contratos de empreitada de construção de edifícios. É a jurisprudência que reconhece ao empreiteiro o **direito de retenção: enquanto não receber o preço, não entrega a obra**. Isto funciona, não com base numa qualquer alínea do **artigo 755º**, mas com base na **cláusula geral do artigo 754º** porque se verificam os pressupostos gerais para que opere o direito de retenção.

Quanto a este caso, há que chamar a atenção para um **problema de interpretação** da lei. Se olharmos para o **artigo 754º**, fala-se num crédito que resulta de despesas feitas por causa da coisa, que aumentem o valor da coisa. Realmente, o empreiteiro realiza despesas que aumentam o valor da coisa, pelo que faz todo o sentido gozar do direito de retenção pelas despesas sobre a coisa. Todavia, na prática judiciária, o que tende a haver é uma reivindicação não pelas despesas, mas relativa ao preço da empreitada que corresponde, não apenas às despesas/benfeitorias realizadas na coisa, mas a essas despesas acrescidas da margem de lucro pelo serviço prestado.

Há uma tendência jurisprudencial para conceder o **direito de retenção sobre as despesas e a margem de lucro, o que não encontra total assento na letra da lei**. Isto porque a lei apenas se refere às despesas, enquanto benfeitorias feitas na coisa. Discute-se esta aplicação porque o que o empreiteiro reivindica inclui também o lucro.

Modos de extinção do direito de retenção

O **artigo 761º** faz uma **remissão para o regime da hipoteca**. O direito de retenção extingue-se por todas as causas que extinguem a hipoteca: **extinção da obrigação garantida, perecimento da coisa, prescrição, renúncia**. Acrescenta-se ainda como causa **entrega da coisa**. O professor Caetano Nunes diz-nos que, em rigor, a entrega da coisa não é uma quinta causa, porque se pode entender como uma renúncia tácita.

A que realmente se acrescenta é a **prestação de caução**, prevista pelo **artigo 756º alínea d)**. Aqui faz sentido que, mediante a prestação de caução, desapareça o direito de retenção. Se a caução existia antes, então nunca chega a existir direito de retenção, mas se for ao contrário, ou seja, se a caução for posterior ao direito de retenção, aí já podemos ter uma forma de extinção autónoma deste direito.

O **artigo 824º nº2** apresenta mais um mecanismo de extinção do direito de retenção, a **venda judicial**, já que esta venda opera a extinção de todos os direitos reais de garantia. Há que ter em atenção que o direito de retenção compreende duas faculdades: reter o bem e ser pago com preferência sobre os demais credores. A faculdade de retenção não opera perante a venda judicial. Como vimos, enquanto não houver venda judicial, o bem permanece na sua posse. Contudo, em caso de venda judicial, a única faculdade que sobra ao titular do direito de retenção é ser pago com preferência, que vem antes da hipoteca e apenas fica atrás dos privilégios creditórios.

Penhora

Antes de mais, importa salvaguardar que penhora é diferente de penhor. Posto isto, A penhora tem natureza dupla: é um **ato processual** e é um **ato de direito substantivo**.

- A penhora é um **ato de processo executivo que tem por efeito a afetação de uma coisa à satisfação de um crédito ou de um conjunto de créditos**.
- Do ponto de vista do direito substantivo, a penhora é um **ato gerador de um direito real de garantia com determinada oponibilidade *erga omnes***.

Como opera a penhora?

A penhora operava tradicionalmente através da apreensão judicial e, quando incidia sobre bens sujeitos a registo, a apreensão era seguida do registo da penhora. Desde 2003 (com a reforma do processo civil) inverteu-se essa ordem. Assim, desde essa data, **a penhora de bens sujeitos a registo começa por operar através da inscrição no registo e só após essa inscrição é que há a apreensão material**.

Quanto aos bens não sujeitos a registo, a penhora opera mediante a apreensão material, sem necessidade de ser registada.

Quais os efeitos jurídicos da penhora?

Nesta matéria temos de recorrer aos **artigos 819º e 822º** para responder à questão.

Segundo o **artigo 819º**, a penhora **não retira totalmente os poderes ao titular do bem penhorado**, apenas **torna ineficazes em relação à execução os atos de disposição, oneração e arrendamento** dos bens sobre os quais incide. Por outras palavras, há uma inoponibilidade desses atos perante a penhora. Quer isto dizer que, a partir do momento em que há penhora, o credor pode passar para a venda judicial, independentemente das tentativas de oneração da coisa por parte do proprietário e mesmo que algumas destas situações se tenha constituído, por exemplo um arrendamento, a venda judicial determina a sua extinção.

Como é que se verifica a prioridade, para efeitos desta oponibilidade? Em relação aos bens sujeitos a registo, já vimos que a propriedade se afere pela prioridade do registo, por força do **artigo 5º CDRP**.

Quanto ao **artigo 822º**, o **nº1** estabelece uma **preferência face aos credores comuns, credores com penhora subsequente, mas não sobre os titulares de outros direitos reais de garantia**. Acima da penhora temos o privilégio creditório, o direito de retenção, a hipoteca e o penhor. Assim, a penhora apenas oferece pagamento privilegiado na venda judicial em relação aos credores comuns ou a quem tenha uma penhora subsequente. Isto tem lógica porque a penhora é um ato de agressão patrimonial no processo executivo praticado por um credor que, até àquele momento, era um credor comum. Nesta situação, a única solução do credor comum é avançar para a penhora, que é o mecanismo de garantia real acessível a todos os credores comuns. Entramos no jogo do credor comum que obtém primeiro a penhora.

Porém, há uma norma do código de insolvência que muda as regras do jogo, **artigo 140º nº3 CIRE**. Dita que a **preferência resultante da penhora cessa assim que se abre a insolvência, sendo que os credores com penhora voltam a ser credores comuns**. Isto é fundamental do ponto de vista prático. Se há penhoras, o credor que não tem nada pode abrir um processo de insolvência, sendo que assim fica ao nível dos outros que tinham a penhora. Pode ser poupado dinheiro em processos executivos.

Concluimos assim que os **artigos 819º e 822º** atribuem efeitos reais à penhora, mas o **artigo 40º nº3 CIRE** condiciona bastante este carácter real. Pelo que, no fim, a penhora acaba por ter um carácter real fraco.

Arresto

Pela sua natureza processual, **o arresto é uma providência cautelar**. Em termos processuais, uma providência cautelar é um processo urgente e provisório, tendente a ser substituído por outro definitivo. Do ponto de vista substantivo, **o arresto é a afetação provisória da coisa à satisfação do crédito**. É semelhante à penhora, só que provisório. Outra diferença é que a penhora é um ato de processo executivo e aqui temos uma providência cautelar. Em traços gerais, o arresto é uma penhora provisória.

O **artigo 619º** apresenta dois pressupostos:

- **crédito;**
- e um **justificado receio de perda da garantia patrimonial**.

Como sabemos, o credor comum tem como garantia o património geral do devedor. **O que acontece é que o devedor, sabendo que há um ou vários credores, tende a dissipar o seu património para não responder pelas dívidas**. Um dos exemplos clássicos e passar os seus bens para o nome de familiares. Após a realização desses atos de dissipação, uma das poucas formas de os atacar ou reverter é mediante a impugnação pauliana. Contudo, antes destes atos de dissipação, **os credores podem recorrer a uma providência cautelar que visa a apreensão dos bens que ainda não foram dissipados**. Para conseguir que o juiz autorize o arresto desses bens, tenho de conseguir provar que está a haver uma dissipação dos bens para fugir aos credores.

O efeito provocado pelo arresto é semelhante ao da penhora. O **artigo 622º** faz uma remissão para o **artigo 819º** do regime da penhora. **O efeito é a oponibilidade do arresto face aos atos de dissipação dos bens** (atos de disposição ou oneração).

Como é que funciona o arresto? Faz-se primeiro o arresto em providência cautelar, depois abre-se um processo executivo, onde, já existindo o arresto, há uma conversão do arresto em penhora e só aí é que passamos á venda judicial. Assim, o arresto funciona como uma afetação provisória da coisa, com oponibilidade perante atos de disposição.

Natureza jurídica do arresto? É semelhante à penhora, só que é provisória. Tem na mesma um carácter real fraco, com a diferença de ser provisório e não definitivo.

PROPRIEDADE COM FUNÇÃO DE GARANTIA

Não se trata aqui de um direito real de garantia, mas antes de **situações em que um direito real de gozo é utilizado com função de garantia**, nomeadamente o direito de propriedade. O direito de propriedade atribui faculdades de uso, fruição e disposição. Aqui temos a atribuição dessas faculdades a um credor, não porque ele queira usar a coisa, mas para utilizar a propriedade com o intuito de garantir o seu crédito.

Porque é que os credores querem isto em vez de um direito real de garantia, uma penhora ou uma hipoteca? Os credores querem esta solução porque aqui a **proteção do crédito é ainda maior**. Esta é a solução mais musculada de todas. Em vez de ficar com uma hipoteca e poder executar a coisa pertencente ao devedor, o credor fica à cabeça com a propriedade da coisa pertencente ao devedor e só a devolve se for pago o crédito. Este é o sonho de qualquer credor.

Vamos estudar aqui três fenómenos de propriedade com função de garantia: **propriedade fiduciária, reserva da propriedade e propriedade do locador financeiro**.

Propriedade fiduciária

Falamos desta figura no final do capítulo sobre direitos reais de gozo e dissemos se podia dividir em dois fenómenos: propriedade fiduciária com funções de administração ou guarda (com amigo) e **propriedade fiduciária com funções de garantia** (com credor). É esta segunda modalidade que é convocada aqui.

Nesta modalidade, temos um devedor e um credor e **o direito real é transmitido pelo devedor ao credor, que passa a ser proprietário com a obrigação de devolver a propriedade quando for pago o crédito**. Há aqui uma relação obrigacional entre o credor e o devedor e uma transmissão de propriedade, dizemos que a relação tem efeitos obrigacionais e reais. Aqui importa rever o esquema da página 67 que ilustra exatamente esta situação.

Do ponto de vista obrigacional, a administração do credor fiduciário tem de ser feita no interesse do devedor. Há aqui um risco de abuso de poder, já que há um excesso de meios em relação aos fins. Um abuso seria desaparecer com a coisa, vendê-la ou arrendá-la a terceiros. Contudo, apesar de ser uma violação do dever obrigacional, do ponto de vista do estatuto real, é o credor fiduciário que é o proprietário e tem juridicamente direito a dispor da coisa como bem entender.

E se o credor fiduciário vender a coisa terceiro? Caso o credor fiduciário venda a coisa a terceiro, a venda tem plena eficácia, a coisa é eficazmente vendida. Isto porque, em termos reais, a venda foi feita pelo legítimo proprietário. Portanto, tudo o que o devedor pode fazer é invocar efeitos obrigacionais e exigir uma indemnização de possíveis danos patrimoniais, já que não tem qualquer direito real sobre a coisa com oponibilidade *erga omnes*, não podendo inviabilizar esta oneração.

Discute-se se se deve aplicar aqui, por analogia, a proibição do pacto comissório, que consta no **artigo 694º** que diz que é nula a cláusula constante de uma hipoteca ou penhor de acordo com o qual o credor faz sua a coisa, em caso de incumprimento.

Na discussão do pacto comissório das outras figuras, a coisa está na propriedade do devedor e há uma cláusula que dita a sua transferência para a esfera jurídica do credor em caso de incumprimento. Aqui é pior, porque **a coisa já está na esfera do credor**. Diz-se que a **proibição do pacto comissório deve ser aqui aplicada por maioria de razão**. Há quem sustente que esta propriedade fiduciária é nula por aplicação analógica do **artigo 694º**, que isto é uma forma de fugir à proibição do pacto comissório, uma fraude. O professor Caetano Nunes diz que essa posição é duvidosa, sendo que há uma doutrina minoritária que acha que não há fraude e que estas situações podem ser albergadas no regime do penhor financeiro, ao abrigo também de uma lei especial.

Vamos supor que, em sede de penhor financeiro, temos um devedor e um credor ligados por um contrato de mútuo. Estes celebram um contrato de penhor financeiro para garantir a obrigação do devedor. Na propriedade fiduciária com função de garantia temos uma situação semelhante, sendo que o penhor financeiro é substituído por uma propriedade fiduciária com função de garantia. Temos um contrato de mútuo que inclui a transmissão da propriedade sobre uma determinada coisa com forma de garantia da obrigação do devedor. São casos muito semelhantes. A hipótese da propriedade implica os deveres fiduciários de administração e o dever fiduciário de devolução da coisa, em termos de relação obrigacional. Isto porque a transmissão da propriedade é real e qualquer coisa que o credor faça, pode fazer, mesmo que em contradição com os seus deveres na relação obrigacional. No penhor financeiro, já sabemos que pode ser um penhor financeiro com pacto comissório, ou seja, em caso de não ser pago o crédito, a propriedade passa definitivamente para o credor. No regime da propriedade fiduciária é o contrário, dado que a propriedade já está do lado do credor e é devolvida se a obrigação for cumprida. Os que são contra a propriedade fiduciária dizem que se para o penhor comum não pode haver pacto comissório, então a propriedade fiduciária, que é ainda mais grave dado que a propriedade já está do lado do credor, nem deve existir.

Reserva da propriedade

A partir do **nº1 artigo 409º**, compreendemos que a reserva de propriedade constitui uma **cláusula contratual que surge em contratos de alienação**, sendo o mais típico o da compra e venda. O efeito dessa cláusula de reserva de propriedade é **determinar que a propriedade só se transmite em momento posterior ao momento da celebração do contrato**. O que constitui, assim, uma **exceção ao artigo 408º** que consagra o princípio do consensualismo que diz que a propriedade se transmite no momento do contrato.

Qual é o momento posterior? Normalmente a reserva de propriedade é condicionada ao **pagamento integral do preço** numa compra e venda a prestações. Até a coisa ser completamente paga, a coisa fica do lado do alienante, vendedor, o que constitui uma garantia muito forte a que seja cumprido o pagamento. Apesar de ser este o evento mais comum, **as partes podem escolher qualquer outro evento para condicionar este efeito do contrato**.

Esta reserva da propriedade tem oponibilidade erga omnes, como resulta expressamente do **nº2** da mesma disposição. Este **nº2** acrescenta também que **relativamente a coisas sujeitas a registo, a oponibilidade erga omnes depende do registo**. Estes dados permitem-nos concluir que o que está em causa é uma delimitação do estatuto jurídico real. O que a lei está a configurar são efeitos jurídico-reais.

Construções ou conceções doutrinárias

A **conceção tradicional** é que esta cláusula de reserva de propriedade é uma **condição suspensiva imprópria**, prevista no **artigo 270º**. **Imprópria** porque nem todos os efeitos do contrato estão dependentes da condição, apenas a transmissão da coisa, sendo que os efeitos obrigacionais se iniciam no momento de celebração do contrato. **Suspensiva** porque o efeito real transferência de propriedade está dependente da ocorrência de um evento (como o pagamento integral do preço).

Há uma **outra corrente doutrinária semelhante, mas um pouco divergente**, que aponta para uma **condição resolutiva**. É uma construção alternativa menos lógica e menos interessante porque vê as coisas ao contrário: há a transferência de propriedade para o adquirente (comprador), mas esta regressa para a esfera do alienante (vendedor) se se verificar a condição de não pagamento. É criticada por não ter suporte legal.

Há uma **construção doutrinária moderna** que fala **numa partilha da propriedade, de estatuto jurídico real**, sendo a propriedade partilhada entre alienante e adquirente.

Para perceber isto, voltemos à construção tradicional: ela é radical, por considerar que, até à ocorrência do evento, os direitos reais estão apenas, e em absoluto, na esfera jurídica do alienante, enquanto que o adquirente, até a essa verificação, não tem direitos reais, não tendo qualquer oponibilidade *erga omnes*. Esta conceção moderna sustenta que este olhar tradicional é redutor, preferindo um regime em que ambos, alienante e adquirente, terão direitos e expectativas jurídicas com carácter real. A posição do alienante corresponderá essencialmente a uma propriedade com função de garantia, ou um direito real de garantia. A posição do adquirente, por sua vez, será essencialmente um direito real de aquisição.

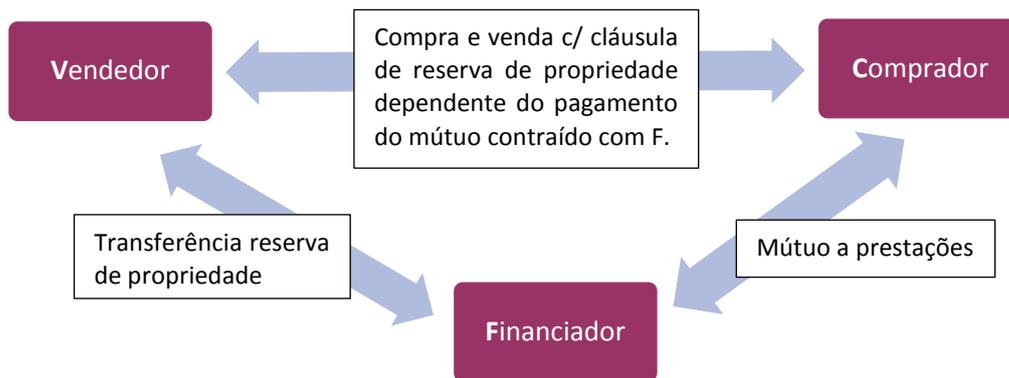
A ideia é que o adquirente tem o direito potestativo, a possibilidade jurídica de adquirir a coisa, ocorrendo o evento, e essa possibilidade tem tutela *erga omnes*. Estando registada a cláusula de reserva de propriedade no registo predial, e estando nós na pendência da condição, se o alienante vender a coisa a um terceiro, esse terceiro não conseguirá sobrepor os seus interesses aos do aquirente primitivo, porque a posição deste está salvaguardada pelo registo. Para o professor Caetano Nunes, a conceção moderna é a que melhor enquadra o regime em jogo, realçando a existência de uma partilha de propriedade. Aqui, utilizamos a noção de propriedade para significar uma ideia de partilha de direitos reais ou partilha do estatuto jurídico-real.

Regime jurídico: pontos relevantes

Importa agora falar sobre a **possibilidade de transmissão da reserva de propriedade** ou a transmissão da posição de alienante com reserva de propriedade.

Exemplo: V vende a C um bem com reserva de propriedade, mas transmite a sua posição a um F, financiador. Normalmente isto acontece quando há um contrato de mútuo em prestações, em que o F empresta o dinheiro ao C para ele pagar essas prestações. Aqui o evento que condiciona a transferência da propriedade é o pagamento das prestações do mútuo. Há uma coligação de contratos. Estipula-se ainda que a reserva de propriedade é transferida ao F, tendo a propriedade função de garantia: se ocorrer o pagamento, o C fica proprietário, mas se não, fica o F proprietário.

Isto normalmente acontece na venda de automóveis e pode ser esquematizado:



Uma parte da doutrina considera que isto é ilegal devido à letra da lei. O **artigo 409º** diz-nos que só é lícito ao alienante reservar e, neste caso, a reserva não está a favor do alienante, mas a favor de terceiro. No fundo, foge à letra da lei, estabelecendo que a partilha de propriedade possa não apenas funcionar entre credor e devedor, mas que possa também ser feita por terceiro. Isto viola o princípio da tipicidade dos direitos reais, dado que cria um mecanismo real novo. Não é criada uma modalidade nova de direito real, mas um novo mecanismo de alienação com reserva de propriedade que atribui ao financiador do exemplo uma posição jurídica real que não tem acolhimento na lei. Ainda assim, este mecanismo é muito frequente na prática sociológica.

Importa fazer uma nota sobre o regime de coligação de contratos que, apesar de não relevar nesta cadeira de direitos reais, ajuda a compreender estas relações triangulares. A figura da coligação de contratos não tem referência expressa no nosso CC, ao contrário do que acontece com o BGB. Uma das coisas que passou a ser acolhida na reforma de 2010 deste diploma foi o regime da coligação de contratos. As situações de união de contratos mais frequentes são as de alienação com contrato de financiamento. O que se pretende é proteger o consumidor face ao financiador em caso de defeito ou incumprimento ao nível da compra e venda. Isto pode levar a que o consumidor fique numa posição frágil e desprotegida. No nosso CC isto convoca o regime de alteração das circunstâncias.

Locação financeira

Aqui também temos, no plano da realidade económica, um esquema triangular: **um vendedor, um comprador e uma empresa financeira**. Contudo, do ponto de vista jurídico, não temos dois contratos. Não há coligação de contratos e o consumidor apenas faz um contrato do qual resulta uma locação financeira. Temos quatro elementos caracterizadores: **disponibilização da coisa** contra um **pagamento de uma renda mensal** e **aquisição de um automóvel** contra o **pagamento do valor residual**.

Imaginemos o exemplo de um contrato de locação financeira de um automóvel entre o comprador C e o financiador F. O F entrega o carro e o C tem de pagar rendas mensais pelo uso desse carro. A entrega não é definitiva, é uma disponibilização do uso durante um certo período. Findo esse período, é atribuída ao C a possibilidade de aquisição mediante o pagamento de um valor residual. Pago esse valor, a propriedade passa para o C. Este é o caso normal de um *leasing*.

Do ponto de vista económico, o financiador vai verificar junto do vendedor ou fornecedor quanto é que custa o carro, paga-o e depois vai receber rendas e valor residual mais juros do comprador, para que possa lucrar. O negócio do financiador não é comprar carros, é fazer essencialmente esta operação financeira mediante uma análise de risco. Economicamente, há uma operação de cofinanciamento, mas do ponto de vista jurídico, há um único contrato de locação financeira. Não é uma locação pura, dado que findo o prazo se pretende a transmissão da propriedade, mas ainda assim tem esta vertente. Reitere-se o que já se disse: do ponto de vista sociológico, é uma relação triangular, mas do ponto de vista jurídico há apenas um único contrato.

Qual é a relevância da locação financeira no tema da propriedade com função de garantia? Na locação financeira, o F, financiador, é o proprietário, enquanto que o C tem um direito potestativo de aquisição contra o pagamento de um valor residual. Do ponto de vista do estatuto jurídico-real, a propriedade está em F, com função de garantia, mas C, comprador, tem um direito real de aquisição.

Aplicação das normas das garantias reais à propriedade com função de garantia

Um exemplo de norma que faz referência às garantias reais é o **artigo 824º nº2** estabelece que na venda executiva, as garantias reais são extintas. Faz sentido aplicar analogicamente esta disposição ao caso da propriedade com função de garantia? São possíveis duas respostas: uma resposta literal que nega esta possibilidade ou uma resposta tendo em conta o elemento teleológico, o que parece ser mais acertado.

DIREITOS REAIS DE AQUISIÇÃO

Os direitos reais de aquisição preveem a possibilidade de adquirir uma coisa com preferência sobre terceiros, com oponibilidade *erga omnes*. Do ponto de vista analítico, há que distinguir duas realidades: **direito de aquisição com oponibilidade erga omnes para a aquisição de um direito real de gozo ou de garantia** e outra coisa é um direito de aquisição que não visa a aquisição desses direitos reais de gozo ou de garantia.

Aqui apenas vamos estudar os primeiros, mas ficamos a saber que noutros lugares do ordenamento jurídico haverá direito potestativos com oponibilidade *erga omnes* que geram a acessão de direitos não reais, como o direito de preferência na aquisição de valores mobiliários que não estudaremos apesar de terem características semelhantes.

Estes direitos de aquisição de direitos reais não têm o lado interno dos direitos reais, **não há imediação ou domínio sobre a coisa, apenas têm o lado externo da oponibilidade erga omnes**. Assim, os direitos reais de aquisição podem ser vistos como uma figura intermédia entre os direitos reais e os direitos de crédito. Já havíamos visto que os direitos reais de garantia não têm todas as características dos direitos reais, o mesmo se passa aqui, faltando o tal lado interno dos direitos reais.

Há escolas de pensamento que consideram que estes nem são direitos reais. Nós estudamos no âmbito da disciplina dos direitos reais, mas com algum distanciamento das outras duas categorias que já vimos, sobretudo dos direitos reais de gozo. Ao fim e ao cabo têm algum estatuto real, oponibilidade *erga omnes*, mas não têm o estatuto completo. É pela sua tutela *erga omnes* que também são conhecidos por **direito de aquisição absolutos**.

Tipos de direitos reais de aquisição

Os dois casos paradigmáticos de direitos reais de aquisição são a **preferência real** e a **promessa real de aquisição**. Mas há outros dois menos paradigmático, contudo na substância implicam também um direito real de aquisição: **reserva da propriedade do comprador** e **locação financeira**.

Saliente-se que o professor Menezes Cordeiro não considera que a preferência real seja um direito real de aquisição, porque considera que esta se enquadra num regime jurídico mais complexo, nomeadamente a compropriedade, não se autonomizando deste. Assim, para este autor, a preferência real faz parte da situação jurídica complexa da compropriedade. Contudo, o professor Caetano Nunes e o Professor Rui Pinto Duarte discordam desta posição e enquadram a preferência real nos direitos reais de aquisição.

Mais uma vez, como o **artigo 824º nº2** não faz referência aos direitos reais de aquisição, é discutível se estes sobrevivem ou não à venda judicial. Para chegarmos há conclusão de que estes se extinguem com a venda judicial, há que fazer uma interpretação extensiva ou analógica. O professor Rui Pinto Duarte considera que a melhor forma de interpretar o **artigo 824º** é conjugando-o com o que se retira, *a contrario*, da segunda parte do **artigo 422º**: se o direito de preferência gozar de eficácia real, procede relativamente à alienação efetuada em execução. O que nos conduz à conclusão de que os direitos em causa **sobrevivem à venda judicial**.

Preferência real

A **preferência real** é o **poder de, verificados certos pressupostos, celebrar um negócio com preterição de outros interessados que ofereçam condições iguais**. Esta última parte, esta preterição, traduz-se na tal oponibilidade *erga omnes*. É o efeito perante terceiros que faz com que a preferência seja real. Se não atribuir essa oponibilidade, não será uma preferência real. Dependerá, então, daquilo que seja clausulado. Se um terceiro em violação da minha preferência real, adquirir a coisa, eu tenho o direito de exigir desse terceiro o regresso da coisa. O meu direito é-lhe oponível.

A preferência real pode ter origem legal ou contratual. A estabelecida na lei, a **preferência legal tem sempre carácter real**, ou seja, tem sempre oponibilidade *erga omnes*, enquanto que a estabelecida entre as partes, **preferência contratual ou voluntária pode ter ou não eficácia real**.

No **artigo 414º** e seguintes preveem-se os **pactos de preferência** (preferência voluntária). **A preferência real imposta pela lei não carece de inscrição registral, contudo a preferência real contratual para ter carácter real tem de estar no registo, como forma de publicidade**, por força do **artigo 421º**. O artigo exige que a cláusula que estabelece a eficácia real seja inscrita no registo predial por remissão do **artigo 413º**. A cláusula tem de ser expressa, não pode ser tácita e tem de estar inscrita no registo.

O caso paradigmático da preferência real de origem legal é a que deriva da compropriedade previsto no artigo 1403º e seguintes. Uma das coisas que já referimos sobre este regime é a existência de um direito de preferência, que é exatamente o que vamos agora analisar partindo do previsto no **artigo 1409º** onde se lê que o comproprietário goza de prioridade no caso de venda da quota.

Se o A quiser vender a um terceiro a sua quota de uma propriedade que tem em regime de compropriedade com o B e o C, estes terão direito de preferência perante o terceiro, com o objetivo de manter a coisa na titularidade das mesmas pessoas.

Quando há um incumprimento da obrigação de preferência, o que acontece? Quando há incumprimento, surge a questão de perceber se o preferente consegue fazer o seu direito prevalecer ou não. O **artigo 1410º** é o cerne do regime, já que é esta norma que estabelece os mecanismos de oponibilidade erga omnes do direito de preferência. Havendo oponibilidade *erga omnes*, o comproprietário a quem não se deu conhecimento da venda pode requerer uma **ação judicial de preferência**. Segundo esta norma, há um **prazo de 6 meses a contar do conhecimento dos elementos essenciais da alienação que, se decorrido, faz com que o direito de preferência caduque**.

Como já se disse, todos os direitos de preferência têm carácter real. Um deles é o previsto no **artigo 1380º**, sobre o **direito de preferência dos proprietários de terrenos confinantes**, isto para promover o emparcelamento de prédios dedicados à agricultura, para que sejam mais rentáveis e eficazes. Outro exemplo pode ser o **artigo 1535º** sobre o **direito de preferência do proprietário do solo ou do direito real de superfície**, ou o **artigo 1555º** para o **proprietário de prédio encravado**. Ou ainda o **artigo 421º**.

É de realçar que todas estas disposições exemplificativas fazem remissão para o artigo 1410º sobre a compropriedade, porque esta norma é que estipula o regime da oponibilidade *erga omnes*, mediante a ação judicial de preferência.

Promessa de alienação com eficácia real

A lei estabelece no **artigo 1413º** que também **pode ser atribuída eficácia real ao contrato promessa**. De novo temos referência à **necessidade de declaração expressa que atribua eficácia real, bem como à necessidade de inscrição registral**. O que temos aqui é uma oponibilidade *erga omnes*, e em relação aos bens sujeitos a registo, há uma dependência dela à inscrição registral. São os quadros mentais do **artigo 5º CDRP**.

→ Como funciona a oponibilidade *erga omnes* no contrato promessa?

No contrato promessa, não temos ainda a propriedade, não temos imediação do domínio sobre a coisa. Num contrato promessa de compra e venda em que há um promitente comprador e um promitente vendedor, a prestação devida é celebrar o contrato prometido. Este contrato promessa tem uma estrutura puramente relacional, obrigacional, não há efeitos reais. Não há qualquer direito real, efeito jurídico-real, só direitos de crédito.

O que se passa é que, **se for estabelecida uma eficácia real da promessa, essa eficácia não significa que se transmita um direito real de gozo ou um qualquer poder de imediação sobre a coisa**. A coisa continua na propriedade do promitente vendedor, não havendo qualquer parcela do direito de propriedade, ou qualquer efeito jurídico-real, que se transmita.

Contudo, como em todos os direitos reais de aquisição, não temos o lado interno, mas sim o e apenas o lado externo, a oponibilidade *erga omnes*. O que ocorre é que há uma oponibilidade *erga omnes* da promessa. **A eficácia real no contrato promessa significa uma oponibilidade *erga omnes* do direito de crédito**.

Isto significa que se o promitente vendedor, em violação do contrato promessa, vender a propriedade a terceiro, o promitente comprador pode opor ao terceiro a sua promessa. Nesse caso, o promitente comprador vai para Tribunal exigir que a propriedade seja transferida para ele, mediante **ação de execução específica**. Esta ação de execução específica é a ação com eficácia constitutiva em que **o Tribunal se substitui às partes na compra e venda, sendo que a sentença substitui o contrato definitivo**. Os três eventos da compra e venda não são criados pelas partes no notário, mas decretados pelo Tribunal a pedido de uma das partes contra a outra.

Além de decretar a execução específica e de desencadear todos esses efeitos, declara que a propriedade do promitente comprador prevalece sobre o terceiro, determinando o apagamento do direito real do terceiro no registo. **Se não houver promessa com carácter real e se houver alienação a terceiros, o promitente comprador não vai conseguir exigir do promitente vendedor a propriedade e o juiz vai julgar improcedente a ação de execução específica**. Não esquecer que as ações relativas a bens também estão sujeitas a registo.

POSSE

Falar da posse antes de falar dos direitos reais ou do registo é pedagogicamente desadequado. Isto fazia sentido há dois séculos atrás porque a posse era o principal meio de publicidade, mas agora esse é o papel do registo. Assim, chegamos a este tema da posse já depois de aprofundados os vários direitos reais e o registo.

A palavra posse tem um significado jurídico e outro não jurídico, sendo que dentro do significado jurídico, também é polissémico. **Em termos não jurídicos, empíricos, a posse é a detenção física de um objeto**, ou também se utiliza a ideia de posse por contraposição à ideia de propriedade: eu tenho a mera posse, não tenho a propriedade. A linguagem comum não está totalmente distante dos conceitos e regimes jurídicos.

Em sentido jurídico, a posse é a detenção de uma coisa corpórea qualificada. Qualificada porque é uma atuação similar à do proprietário. Esta definição está presente no **artigo 1251º**. Esta definição jurídica de posse tem em si uma dificuldade porque pode ser entendida como uma situação jurídica, mas também como uma situação fáctica, sendo simultaneamente ser e dever ser, facto correspondente a uma previsão normativa e facto resultante da estatuição normativa. Mas também podemos falar como efeitos jurídicos que assistem ao possuidor.

Assim, quando falamos da posse, por vezes estamos a tratar de **factos que despoletam estatuições jurídicas, efeitos jurídicos**. Mas também podemos estar a falar **da posse como o regime jurídico da posse, o conjunto de efeitos jurídicos que assistem ao possuidor**. Longe vão os tempos em que a posse era o mecanismo ideal para publicidade dos direitos reais, sendo esse papel hoje assumido pelo registo predial.

A posse pode ser causal ou formal. A **posse causal é acompanhada pelo direito real a cujo exercício corresponde**. A **posse formal não é acompanhada pelo direito real a cujo exercício corresponde**. Por exemplo, o ladrão tem uma posse formal e não causal porque tem a detenção e atua como proprietário sem ter um direito real para tal. **No confronto entre a posse e o direito real, tende a prevalecer o segundo**. Entre o possuidor meramente formal e o proprietário, prevalecerá o proprietário.

Na Roma antiga tínhamos duas figuras que estão na origem da atual posse: *usus* e *possetio*. O *usus* permitia a aquisição por usucapião e a *possetio* permitia a defesa da posse. Hoje em dia, o nosso regime jurídico, entre outras coisas, prevê estes dois efeitos essenciais. Temos um único regime da posse com efeitos que, na Roma antiga, correspondiam a dois. Isto interessa porque **o regime jurídico da defesa da posse tende a ser aplicado a outras figuras que extravasam o seu âmbito**, como a propriedade. Temos **posse *strictu sensu*** e a **posse *lato sensu***, quando se refere a essas outras figuras que estão fora do âmbito do regime jurídico da posse.

Esta é chamada a **posse interdital**, figura criada por Menezes Cordeiro. O autor utiliza a denominação “posse civil” para caracterizar a posse plena. Em contrapartida, utiliza a expressão “posse interdital” para **designar as figuras às quais podemos aplicar os meios de defesa da posse**. Esta denominação é duvidosa, porque na economia da lei, as situações de posse interdital não são situações de verdadeira posse, mas apenas de mera detenção, em confronto com a verdadeira posse.

Como já se disse, fora do mundo não jurídico, o **artigo 1251º** diz-nos que a posse consiste numa detenção de uma coisa corpórea qualificada por uma atuação similar à de um proprietário ou titular de direito real. Contudo, em aprofundamento desta definição, há que fazer uma correção. **A atuação do possuidor pode ser qualificada não apenas pela atuação similar à de um proprietário, mas também pela atuação similar à do titular de um direito real menor**. Pode haver uma posse correspondente ao direito de usufruto, uso e habitação, servidão predial, entre outros. Quando falamos em proprietário neste artigo estamos a falar num sentido amplo, **proprietário como sinónimo de titular de um qualquer direito real**.

Vimos que, juridicamente, **a posse tanto pode ser um “ser” como um “dever ser”**. Por vezes referimo-nos à posse como uma situação fática, que despoleta uma previsão normativa (facto para efeitos de aplicação do direito), outras vezes, falamos de posse como efeito jurídico. **O direito de propriedade é um “dever ser”**. Não é um facto, é um regime jurídico, um conjunto de direitos, de efeitos jurídicos. As pessoas que adquirem o direito de propriedade, seja por transmissão ou por usucapião, a partir do momento em que se verifica a previsão normativa, têm um conjunto de efeitos jurídicos.

Por sua vez, na posse há um conjunto de efeitos jurídicos e estatuições normativas, mas atenção porque aqui estamos a falar da posse com uma atuação conforme à do proprietário não é apenas um conjunto de efeitos jurídicos, mas é, antes de mais, uma situação fática de detenção da coisa que despoleta os tais efeitos jurídicos. Assim, **quando falamos da posse, podemos estar a falar dos seus efeitos jurídicos (do regime jurídico da posse), mas também podemos estar a falar da situação fática que despoleta os efeitos ou estatuições**.

Quando dizemos que “o possuidor, ao fim de 20 anos, adquire a propriedade”, estamos a referir-nos à posse enquanto “dever ser”. Já quando dizemos “O Joaquim atua como possuidor do terreno”, estamos a referir-nos à posse enquanto situação fática (detenção de coisa qualificada). No exemplo da usucapião, posse também acaba por aparecer como situação fática, é uma detenção (fática) por vinte anos.

Já distinguimos a **posse causal** (acompanhada pelo direito real a cujo exercício corresponde) da **posse formal** (não acompanhada pela titularidade do direito real). Veja-se que o ladrão pode fazer sua uma coisa, passando a ter a detenção da coisa corpórea e a atuar como se fosse proprietário, mas essa é apenas uma posse formal e, no confronto com o titular do direito real, tende a ceder. Se o ladrão discutir contra o proprietário alegando ter a posse, o OJ dá prevalência ao proprietário.

Contudo, se tiverem, entretanto, decorrido 20 anos, o possuidor adquire por usucapião, pode haver uma aquisição originária da propriedade, que terá como corolário a extinção da propriedade do proprietário primitivo. Nesse caso, o possuidor (agora proprietário) verá a sua situação jurídica prevalecer sobre a do proprietário que deixou de o ser. Fora este caso limite, que nem é uma exceção, só confirma a regra, a posse formal cede perante o direito real.

Como já vimos, no direito romano existiam dois institutos: **usus** (situação fáctica de detenção que possibilitava a aquisição da propriedade por usucapião) e **possetio** (situação associada a um regime de defesa judicial mediante os *interdicta*). A *possetio* era criada pelo pretor, enquanto que o *usus* era mais antigo, encontrando a sua origem no costume. Assim, a **usucapião e a defesa da posse acabam por ser seguramente os dois principais elementos do regime jurídico da posse, com origem e explicações históricas diferentes**. Veremos que Menezes Cordeiro utiliza esta contraposição histórica para dar um destaque mais elegante ao regime jurídico da posse para efeitos de usucapião e efeitos de defesa da posse, falando em posse civil, em contraposição à mera posse interdita. Rui Pinto Duarte não acolhe plenamente esta distinção.

O código civil é muito marcado pela arquitetura da posse como base do domínio sobre propriedade corpórea, sobretudo fundiária (sobre prédios). A posse é tradicionalmente concebida como uma base dos direitos reais sobre coisas corpóreas imóveis. Isto porque o CC é produto da história e, ao longo da história, a publicidade dos direitos reais sobre coisas corpóreas imóveis era dada pela posse. Em comunidades muito pequenas, a publicidade de uma coisa dava-se única e exclusivamente por intermédio da posse. Em situações de confronto entre direitos, tendia a prevalecer quem havia detido a coisa durante mais tempo.

No código civil, temos a **ação de reivindicação** da propriedade, aplicada também a direitos reais menores. Mas também temos as **ações possessórias**, que acabavam por ser mais relevantes. O CC começa no livro III pelo regime da posse, fala da posse antes da propriedade. A ideia de que os direitos reais são publicitados pela posse, e de que esta é a base da arquitetura jurídica dos direitos reais, deixa de fazer sentido a partir do momento em que as comunidades adquirem uma certa dimensão. Em meios urbanos, as pessoas não se conhecem umas às outras e não sabem o que pertence a quem. **A única maneira eficaz de dar publicidade a um direito real é o registo.**

Conceções doutrinárias da posse

Subjetivismo (Savigny) e objetivismo (Jhering)

Savigny é o nome mais ilustre da pandectista alemã. O imperador Justiniano fez o primeiro trabalho de codificação, o *corpus Juris Civilis*, que contém vários livros: um deles são as pandectas. As pandectas são os fragmentos recolhidos de um período áureo

do direito romano, são os principais nomes da doutrina do Direito Romano clássico. A certa altura, a pandectista alemã aprofunda o estudo das Pandectas. Os alemães, para além de interpretarem essas fontes romanas, organizaram-nas e criaram um sistema moderno. Criaram o conceito de direito subjetivo, distinguiram direitos absolutos e relativos, e criaram algumas conceções básicas em que se funda o nosso código civil. O principal nome deste movimento foi *Savigny*.

Do outro lado, *Jhering*, embora tenha sido discípulo de *Savigny*, rompeu com o seu pensamento. É influenciado pelo utilitarismo de *Bentham*. Cria conceções opostas à de *Savigny* uma conceção diferente do direito subjetivo, um direito juridicamente protegido (sinónimo de utilidade).

Estes dois autores acolheram **diferentes conceções de posse**:

- para *Savigny*, a posse continha dois elementos: o **corpus** e o **animus**. O *corpus* é uma relação material mantida com a coisa, ao passo que o *animus* é uma intenção ou estado subjetivo.
- Para *Von Jhering*, a posse é apenas caracterizada pelo **animus**, a tal relação material com a coisa.

→ **O que é o corpus e o que é o animus?**

Sobre o corpus, podemos falar em *corpus* enquanto **atuação material sobre a coisa**, ou de *corpus* enquanto **possibilidade de atuação material sobre a coisa**.

Nesta segunda ideia, para haver *corpus*, não é necessário que haja uma atuação material sobre a coisa, basta que exista essa possibilidade. Nesta segunda perspetiva, fala-se numa **conceção social da coisa com a esfera de uma pessoa**: não está comigo, mas está sob o meu domínio, sob a minha possibilidade de atuação. Esta ideia, mais ampla do que a primeira, é aquela que tem maior acolhimento. A noção de *corpus* prevalecente é a mais ampla. No nosso código civil, **o artigo 1257º acolhe esta ideia de corpus amplo, quando se faz referência à “possibilidade”**.

Quanto ao animus, fala-se de um *animus dominic*, de um *animus possidendi* e de um *animus sibi habendi*. O **animus dominic** é a intenção de atuar como dono, como proprietário, titular de um direito real. O **animus possidendi** é a intenção de atuar como possuidor. Por fim, o **animus sibi habendi** é a intenção de detenção da coisa. Os cultores da escola subjetiva, na senda de *Savigny*, formulam este elemento subjetivo com estas três variantes. Há quem diga que a versão mais pura é a intenção de atuar como proprietário, e há quem diga que basta que se queira ter a coisa para si.

→ **Até que ponto o nosso CC é mais subjetivista ou objetivista?**

A escola de Coimbra é mais subjetivista e a de Lisboa mais objetivista. Sendo o nosso código civil, essencialmente, produto da escola de Coimbra, encontramos mais referências a ideias subjetivas do que ideias objetivistas. Porém, o nosso Código Civil não é inteiramente coerente, uma vez que há normas claramente objetivistas, e outras claramente subjetivistas.

A norma mais importante nesta querela é o **artigo 1253º a)** que faz a contraposição entre a posse em sentido estrito e a mera detenção (ou posse precária). Diz a norma que, **quando não há intenção de agir, o sujeito é havido como detentor ou possuidor precário. Se não há *animus*, não há posse.**

Mas há algumas normas não coerentes com isto, das quais se destaca o **artigo 1266º**, onde se lê que “*podem adquirir a posse todos os que têm uso da razão, e ainda os que o não têm, relativamente a coisas suscetíveis de ocupação*”. **Se os que não têm razão podem ter posse, então o elemento subjetivo não é relevante.** Pelo menos neste caso, o *animus* não é relevante. Esta disposição é utilizada pela escola de Lisboa para sustentar a tese objetivista.

Embora para Coimbra isto seja fundamental, o professor Caetano Nunes entende que esta querela é menos importante do que se possa pensar. Isto por dois motivos. O primeiro é o **artigo 1252º nº2** que nos diz que se presume a posse naquele que exerce o poder de facto. Ou seja, **o corpus faz presumir o *animus*.**

O segundo motivo que ainda desvaloriza mais esta distinção, é dado pelo facto de que **os juízes e os tribunais não têm a capacidade de fazer uma apreensão direta dos estados subjetivos**, dos estados cognitivos, não sendo possível conhecer as intenções. Os juízes formam a sua convicção sobre estados cognitivos com base em argumentos de razoabilidade face aos dados objetivos. É com base na prova sobre o corpus que os juízes podem estabelecer juízos da razoabilidade sobre a existência do *animus*. Só através de atuações materiais, elementos objetivos, é que se conseguem extrair elementos subjetivos.

Posse c. (mera) detenção

O **artigo 1253º** fala da **simples detenção**. Se por um lado, temos a posse em sentido estrito, também apelidada de posse em nome próprio, do outro lado, encontramos a **mera detenção ou posse em nome alheio**.

De realçar aqui que **a posse em nome alheio não é posse, é mera detenção**. O arrendatário não tem posse em nome próprio, tem mera detenção. Os atos praticados pelo arrendatário não implicam que haja uma posse em sentido estrito, há uma mera detenção. O proprietário é que tem posse em nome próprio.

Nas três alíneas desta disposição há três hipóteses:

- **ausência de *animus*;**
- **tolerância do titular do direito** (se o proprietário legal autoriza a detenção);
- **os representantes ou mandatários do possuidor** (todos os que têm a detenção da coisa, possuem em nome de outrem).

Regime jurídico da mera detenção

➔ **O que é que o detentor não pode fazer ao contrário do possuidor?**

O detentor não tem a possibilidade de usucapir o bem, por força do **artigo 1290º**. Detentor e possuidor precário são sinónimos. O detentor, enquanto possuir em nome alheio, não tem acesso ao regime jurídico da usucapião.

Em princípio, **apenas o possuidor em nome próprio é que tem direitos de defesa da posse**, constante nos **artigos 1276º e seguintes**. **O detentor não pode defender a sua detenção**. Os meios de defesa da posse são meios da posse *strictu sensu*. Contudo há uma exceção. Os titulares de direitos de gozo, excepcionalmente têm direitos de defesa da posse. Isto resulta de normas do regime jurídico dos direitos pessoais de gozo.

Aqui o que importa é dizer **que entre as situações de mera detenção, estão as situações de direitos pessoais de gozo**. Estas situações de direitos pessoais de gozo são diferentes, são casos de detenção qualificada. Falamos aqui do regime da **detenção qualificada de direitos pessoais de gozo**, que é mais interessante porque, **excepcionalmente, beneficiam dos meios de defesa da posse**.

Outra característica é que **a posse atribui o direito a benfeitorias e frutos, artigos 1275º e seguintes**, enquanto que a detenção não atribui este direito. Por fim, a quarta característica é que a **posse gera uma presunção de titularidade do direito**, enquanto que a detenção não gera esta presunção.

Nestas normas não há uma nota expressa a que estes direitos estejam vedados. O que há é uma referência aos possuidores, e aí devemos entender que são os possuidores em nome próprio, não podendo essas normas ser estendidas aos meros detentores.

Modos de aquisição da posse

A aquisição da posse está regulada no **artigo 1263º**. Há uma distinção entre modos de aquisição originária e modos de aquisição derivada. Os **modos de aquisição originária** são o **apossamento** e **inversão do título da posse**. Por sua vez, os **modos de aquisição derivada** são a **tradição (*traditio*)**, o **constituto possessório**, a **sucessão *mortis causa*** e a **sucessão *inter vivos***. Vamos analisar cada uma dessas figuras.

Modos de aquisição originária

O **apossamento** vem previsto no **artigo 1263º alínea a)**. Traduz-se em **atos materiais ou num único ato material sobre a coisa**. Quem agarra a coisa, faz o **apossamento**. Quando o ladrão agarra numa carteira, faz o seu **apossamento**.

A **inversão do título da posse** é uma modalidade de aquisição originária e está definida no **artigo 1265º**. Aqui há uma **passagem de detenção para a posse**: da detenção em nome alheio para posse *strictu sensu*. Isto pode ser de duas formas, por **ato ou declaração do próprio**, mas também por **ato ou declaração de terceiro**.

Vejam o seguinte exemplo: o arrendatário deixa de pagar a renda e passa a comportar-se como se fosse proprietário. Imagine-se que estamos no PREC, em que alguns arrendatários se revoltavam contra os proprietários, dizendo “não pago mais renda, isto agora é meu”. Pode haver uma declaração ou pode haver apenas atos materiais de oposição (como não pagar a renda ou impedir o proprietário de entrar no prédio). A partir desta altura, o possuidor em nome alheio ou detentor passa a comportar-se como possuidor em nome próprio, o que constitui uma forma de aquisição originária da posse.

Note-se que **não tem de haver uma declaração expressa**. Seja como for, deixando-se de pagar a renda, podemos entender como uma declaração tácita. Não é preciso dizer que vai agir como proprietário, só tem de o fazer. Imagine-se que o arrendatário deixa de pagar a renda e o proprietário emigra. Se voltar passados 25 anos, já se deu a usucapião. O regime jurídico pode aparentar ser injusto, mas funda-se em ideias de segurança e estabilidade. As hipóteses de aquisição por ato de terceiro são mais difíceis de congeminar.

Modos de aquisição derivada

A **tradição (traditio)** aqui refere-se à **entrega da coisa, à transferência do domínio fático**. Essa transferência pode ser material ou simbólica. Será simbólica quando falamos em situações de entrega de chaves ou de documentos que titularizam a coisa, como guias de transporte, letras e livranças.

O **constituto possessório**, previsto no **artigo 1264º**, é uma **transmissão da posse sem transmissão da detenção**. O exemplo sociologicamente mais típico é quando há uma escritura de compra e venda de um prédio ou fração autónoma, em que o adquirente autoriza o alienante a ficar mais uma semana no prédio para o desocupar, tirar as suas coisas. Não se deve dizer que o alienante manteve a posse, o que aconteceu foi que passou de possuidor para mero detentor. E o adquirente da propriedade, apesar de não ter obtido ainda o domínio fático sobre a coisa, passou a ser possuidor em nome próprio por constituto possessório. O **adquirente já tem meios de defesa da posse, podendo usar deles se o alienante não cumprir o acordado**.

A posse por **sucessão mortis causa** vem prevista no **artigo 1255º**. Depois, no **artigo 1256º**, há um fenómeno de **acessão na posse**. O professor não considera que, em rigor, esta seja uma forma de autónoma de aquisição da posse. O que temos neste artigo é a regulação de um efeito jurídico e, a montante, o que temos é uma aquisição derivada por *traditio* ou por constituto possessório, e o que este artigo acrescenta é que, em casos de transmissão derivada, o adquirente derivado da posse pode utilizar ou somar o período de tempo do seu antecessor para efeitos de usucapião.

Modos de perda da posse

Os modos de perda da posse vêm elencados no **artigo 1267º** e são:

- **abandono;**
- **perecimento;**
- **retirada da coisa do comércio jurídico-privado** (se a coisa for expropriada, passa para o comércio público, implicando a extinção da posse);
- **transmissão da posse** (*traditio* ou constituto sucessório);
- **apossamento de terceiro.**

Em relação a esta última hipótese, a extinção não opera de imediato, opera só após um ano. Na prática, isto significa que se houver um apossamento de terceiro, o possuidor primitivo mantém a posse e por isso pode fazer uso dos meios de defesa desse direito. Se passar um ano, a posse extingue-se e deixa de ser possível fazer uso dos meios de defesa dessa posse.

Modalidades da posse

Nos **artigos 1258º e seguintes**, encontramos as espécies ou modalidades de posse:

- titulada ou não titulada;
- de boa ou má fé;
- pacífica ou violenta;
- pública ou oculta.

Posse titulada ou não titulada

O **artigo 1259º** fala-nos da posse titulada. Quando falamos do título e do modo, vemos que o título é o modo formal de aquisição de um direito. Numa compra e venda, por exemplo, o título será a escritura. **O título é o negócio jurídico transmissivo de um direito real que tem a forma adequada.** O título é independente de haver ou não legitimidade do transmitente (quem fez a escritura não era proprietário).

Posse titulada é aquela baseada nessa tal forma de transmissão de direitos reais, ainda que haja problemas de legitimação ou de validade substancial do direito real. Se há simulação, ou erro, o negócio está afetado por uma invalidade substancial, mas há título. A ideia é que, havendo título, a lei atribui determinados efeitos só ao facto de ele existir. Isto não é absurdo, porque as escrituras públicas existem para assegurarem alguma legalidade. Só por haver título, o adquirente tem já meios de defesa.

Posse violenta e posse pacífica

A posse pode ser violenta ou pacífica. Por interpretação *a contrario* do **artigo 1261º nº1**, **a posse violenta é aquela que se adquire recorrendo à violência, nomeadamente coação física ou moral.** Enquanto que, nos termos do mesmo artigo e por antinomia, a posse pacífica é a que se adquire sem recorrer a estes meios.

De acordo com a doutrina a jurisprudência pacífica, **esta violência pode incidir não apenas diretamente sobre as pessoas, mas também sobre as coisas.** A violência sobre as coisas é uma forma de violência indireta ou coação sobre pessoas. Exemplo: a destruição de uma fechadura é considerada uma violência sobre uma coisa. A jurisprudência entende que destruir uma fechadura entra no **1261º nº2** como forma de coação moral sobre o proprietário.

Posse pública e posse oculta

A posse pode ser pública ou oculta. A **posse pública é a que se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados**, e a posse oculta é a que não se sabe, não se conhece. Falamos aqui do **critério da cognoscibilidade** pelos interessados.

Posse de boa fé e posse de má fé

A posse pode ser de boa ou de má fé. A **posse de boa fé implica ignorância de lesão do direito de outrem, quanto à aquisição.** Isto no momento da aquisição e não mais tarde. Neste sentido importa ter em atenção o **artigo 1260º**. A existência do título faz presumir a boa fé e a sua inexistência, presume a má fé, A posse adquirida de forma violenta é sempre considerada de má fé, mesmo que titulada.

Lembrar ainda que há uma distinção entre boa fé objetiva e a boa fé subjetiva. A posição doutrinária dominante, nomeadamente **Menezes Cordeiro**, diz-nos que **interessa não apenas a ignorância**, conhecer ou não conhecer, **mas também o dever conhecer**. Está de má fé, não apenas aquele que sabia que lesava o direito de outrem, mas também aquele que devia saber que lesava o direito de outrem (*kennen und kennen müssen*). Há lugares do código civil onde há esta referência de forma expressa, um exemplo é o **artigo 269º** onde se lê “conhecia ou devia conhecer”.

Posse efetiva e posse não efetiva

A posse pode ser efetiva ou não efetiva. **A posse efetiva é acompanhada da detenção material da coisa**, enquanto que a posse não efetiva é aquela que não é acompanhada da detenção material da coisa. No constituto possessório, por exemplo, há uma aquisição não efetiva da posse, porque a coisa fica mais uma semana na posse de outrem. Outro exemplo é o do possuidor que é esbulhado.

Posse registada ou não registada

Por fim, a posse pode ser registada ou não registada. **Os factos que originam a posse enquanto direito podem ser levados ao registo predial**. No registo predial não registamos apenas a propriedade e outros direitos reais menores, mas também a posse. Em rigor, não registamos a posse, mas o facto que a origina. Uma razão para isso é encurtar os prazos para a usucapião, contudo não é frequente.

Efeitos jurídicos da posse

Começaremos por estudar alguns efeitos jurídicos da posse menos relevantes, para deixarmos para uma parte final a defesa da posse, a presunção da titularidade e a usucapião, que são os efeitos jurídicos mais importantes. Falaremos do conteúdo jurídico da posse.

Direitos e deveres do possuidor

Os direitos e deveres do possuidor tendem a ser construídos jogando com os efeitos do direito real a que corresponde a posse, nomeadamente, o direito de propriedade.

→ Direitos

Temos, desde logo, o **direito de uso**, segundo o qual **o possuidor pode usar a coisa, tal como um proprietário também o pode fazer**. Nenhuma norma consagra este direito de uso expressamente, mas é algo que resulta implicitamente de várias normas, nomeadamente do **artigo 1251º**.

Depois temos o **direito de fruição** que resulta do **artigo 1270º**. Este regime baseia-se na distinção entre boa ou má fé, sendo que o possuidor de boa fé tem um direito de fruição superior ao possuidor de má fé. **O possuidor de boa fé tem direito aos frutos, naturais e civis, produzidos pela coisa possuída**. Já o possuidor de má fé não tem tal direito, estando obrigado a restituir os que receba e respondendo, além disso, pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido, nos termos do **artigo 1271**. Importa ter ainda em conta o **artigo 212º** que define o que são frutos.

Para falarmos dos **direitos relativos a benfeitorias** do **artigo 1273º**, temos de olhar antes de mais para o regime das benfeitorias, figura definida pelo **artigo 216º**. As benfeitorias necessárias têm uma definição algo tautológica, as benfeitorias úteis aumentam o valor, as voluptuárias não aumentam o valor.

O **nº1 artigo 1273º** diz-nos que **todos os possuidores, quer de boa fé quer de má fé, têm direito a ser indemnizados pelas benfeitorias necessárias que façam, assim como a levantar as benfeitorias úteis**, desde que isso seja possível sem detrimento da coisa. O **nº2** acrescenta que quando tal levantamento não seja viável nos termos referidos, têm os possuidores direito a receber o valor que resulte da aplicação das regras do enriquecimento sem causa. Por outras palavras, o possuidor tem direito a ser indemnizado pelas benfeitorias que sejam necessárias. Quanto às benfeitorias úteis, é possível levantá-las (retirá-las), mas só se isso não causar danos. Se não puderem ser levantadas, haverá uma indemnização com base no enriquecimento sem causa.

No que respeita a benfeitorias voluptuárias, a lei dá tratamento diverso ao possuidor que esteja de boa fé e ao possuidor de má fé: este perde-as em qualquer caso, ao passo que aquele só as perde se não for possível levantá-las sem detrimento da coisa, nos termos do **artigo 1275º**.

→ Deveres relativos a riscos e encargos

No que toca ao **risco**: **o possuidor de boa fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa (artigo 1269º)**, *a contrario*, o possuidor de má fé suporta sempre os riscos de perda e deterioração da coisa.

No **artigo 1274º** encontramos a obrigação de indemnização ao possuidor por benfeitorias por ele realizadas é suscetível de compensação com a obrigação de o possuidor indemnizar por deteriorações. Assim, esta disposição acrescenta que é possível uma compensação entre benfeitorias e os deveres relativos ao risco. Se por um lado há umas e por outro há as outras, pode haver um mecanismo de compensação.

Por fim, temos os **encargos**. No que respeita à responsabilidade pelas despesas acarretadas pela coisa, a lei determina que as mesmas são distribuídas entre o possuidor e o titular do direito real na mesma medida dos frutos, tal como podemos observar mediante a leitura do **artigo 1272º**. Esta solução legal representa uma lógica de: “quem tem benefícios, também tem encargos” e acaba por ser uma solução equilibrada.

Meios de defesa da posse

A lei assegura a defesa da posse enquanto tal, independentemente do direito a cujo exercício corresponda. **Essa defesa da posse pode ter lugar judicialmente ou extrajudicialmente**. Este regime está regulado pelo **artigo 1276º e seguintes** e começa por referir a **ação de prevenção (artigo 1276º)**, a **ação de manutenção e restituição (artigo 1278º)**. O professor Caetano Nunes considera que estas duas deveriam estar seguidas, mas pelo meio ainda temos a **ação direta (artigo 1277º)** e ainda o **regime de tutela cautelar em situações de esbulho violento (artigo 1279º)**. Outro mecanismo de defesa é o **embargo de terceiros (artigo 1285º)**. Este capítulo não está propriamente bem organizado, dado que mistura mecanismos de defesa com regras de caducidade.

→ Ação direta e defesa judicial – artigo 1277º

O artigo 1277º opera uma remissão para o regime da ação direta consagrado no artigo 336º. O possuidor (aplica-se quando existe posse, que aqui é a situação fática) que for perturbado ou esbulhado (anulação total da detenção da coisa), para além da defesa judicial, tem o mecanismo da ação direta.

O essencial do artigo 336º está no nº1 que tem três ideias essenciais:

- **impossibilidade de recorrer aos meios coercivos normais em tempo útil;**
- **necessidade**, evitar a inutilização prática do direito que visamos defender;
- **proporcionalidade**. Agente não deve exceder o suficiente para se defender. Exemplo de falta de proporcionalidade seria o do sujeito que foi julgado por homicídio porque disparou sobre um sujeito que trespassava a sua propriedade. Manifesto de desproporcionalidade e fora do limite da ação direta.

As situações mais típicas de ação direta são as de proteção de direitos absolutos, entre os quais os direitos reais. A ação direta é um mecanismo frequentemente utilizado para proteger estes direitos que implicam oponibilidade *erga omnes*, um domínio exclusivo de certa coisa. Se não assegurar o direito exclusivo, ele perde-se.

Tal como os titulares de direitos reais, os possuidores também têm uma tutela com oponibilidade *erga omnes* e esta remissão do artigo 1277º para o artigo 336º, enquadra-se nesta ideia de oponibilidade *erga omnes*.

Mecanismos de defesa judiciais

Vamos agora olhar para os mecanismos de defesa judiciais, essenciais para a defesa da posse. No final do dia, a oponibilidade *erga omnes* consiste na faculdade de fazer valer o direito em tribunal. A lei faz referência a três tipos de ações: ação de prevenção, ação de manutenção e ação de restituição.

→ Ação de prevenção – artigo 1276º

A ação de prevenção, prevista no artigo 1276º, é a mais fácil de analisar. A previsão é o justo receio de perturbação ou esbulho e a estatuição é a intimação do autor da ameaça para se abster. O intuito é que o terceiro se abstenha de forma a não perturbar, esbulhar ou criar receio de o fazer. O Tribunal é que trata da intimação referida.

→ Ação de manutenção e restituição da posse – artigo 1278º

O artigo 1278º, ação de manutenção e restituição da posse tem várias regras.

A primeira parte nº1 diz-nos que, “o possuidor perturbado ou esbulhado será mantido ou restituído”. Manter a posse é afastar a perturbação, enquanto que restituir a posse é quando houve um esbulho e a detenção da coisa regressa ao possuidor.

Depois, na parte final nº1 “enquanto não for convencido na questão da titularidade do direito”, acrescenta-se outro ponto relevante: o tema da titularidade dos outros direitos reais é mais forte do que o tema da posse. Se houver um confronto entre invocação da mera posse formal (não causal) e a invocação da propriedade, prevalece o título do direito real. Esta regra resulta daqui, bem como de outros lugares do OJ.

Para além disso, este artigo regula no seu **nº2 e nº3** situações de **confronto entre mais do que uma posse, sobreposição da posse, existência de vários possuidores**. Como é possível que existam vários possuidores, ao mesmo tempo?

Recordemos o apossamento, que opera a extinção da posse no período de ano. Durante esse tempo, poderá haver situações de sobreposição de posses. Poderá também haver situações em que a detenção é exercida por duas pessoas ao mesmo tempo. O **nº2** tem de se coordenar com a norma que determina a extinção de posses anteriores no caso do apossamento e decurso de um ano, **artigo 1267º nº1 d)**. Assim, o **nº2** conclui que **se a posse tiver mais de um ano, isso significa que as posses anteriores já foram extintas**.

Se, contrariamente, a posse tivermos menos de um ano, as posses anteriores ainda não se extinguíram e há que ver qual é a que prevalece. Para isso, o **nº3** estabelece os critérios. O **primeiro critério é a posse ser titulada**, sendo que a posse titulada prevalece no confronto ou sobreposição de posses. Na falta de títulos, há o **critério da prioridade temporal**. Por fim, se as posses tiverem a mesma antiguidade, o que é difícil, valerá o **critério da atualidade**, prevalecendo a posse atual.

→ Tutela cautelar em caso de esbulho violento – artigo 1279º

O **artigo 1279º** tem um mecanismo de defesa da posse que se distingue dos restantes por ser uma **providência cautelar**, fazendo expressa referência à **possibilidade de tutela provisória da posse, em caso de esbulho violento**. É o chamado procedimento de restituição provisória da posse, regulado do CPC.

O que é uma providência cautelar? Em processo civil, as pessoas não têm apenas direito a uma tutela processual definitiva, por vezes é possível uma tutela processual provisória. As providências cautelares são **medidas de tutela provisória urgente** para quando é necessário acautelar o *status quo* ou os direitos enquanto não é proferida uma decisão definitiva do processo de tutela definitiva.

Há três pressupostos:

- **Posse;**
- **Esbulho;**
- **Violência.**

Já vimos os primeiros. Quanto à **violência**, esta corresponde a **qualquer mecanismo de coação física ou coação moral**. A jurisprudência e a doutrina acolhem situações de violência sobre pessoas, mas também situações de violência sobre coisas. É aqui que se enquadra o exemplo que já tínhamos visto, uma vez que arrombar uma fechadura ou utilizar um pé de cabra para arrombar uma porta é **violência sobre coisas, considerada um mecanismo indireto de coação moral** do possuidor.

Este mecanismo **opera sem contraditório prévio**, ou seja, opera sem que haja audiência da parte contrária. O juiz decreta a providência cautelar antes de ouvir o requerido, apenas com base nas provas produzidas pelo requerente. Só após a restituição prévia da posse é que o juiz vai chamar o arguido. Isto é muito arriscado da parte da aplicação da justiça, princípio do contraditório, e é uma grande vantagem para quem quer recorrer à ação judicial. É um processo chamado *ex parte*.

Quid juris se não houver violência no esbulho ou houver apenas uma perturbação da posse? É possível uma tutela cautelar? É preciso esperar anos por uma tutela definitiva? A resposta é que é possível uma tutela cautelar mesmo sem preencher os pressupostos do **artigo 1279º**. Ao abrigo do regime geral dos procedimentos cautelares, matéria no regulada no CPC, a tutela cautelar não se reduz ao esbulho violento.

Embargos de terceiro – artigo 1285º

Há um outro mecanismo de defesa da posse previsto no **artigo 1285º**. **Os embargos de terceiro são um mecanismo de oposição a atos judiciais que perturbam a posse.** Nesse caso, os atos judiciais não são praticados pelo “vilão”, mas pelo tribunal, pelo agente de execução, nomeadamente a penhora e o arresto. São simultaneamente atos de direito substantivo e processual, sendo **atos de agressão patrimonial, apreensão do bem**, perante os quais a lei estabelece este mecanismo de reação à apreensão judicial.

No âmbito do processo executivo é prevista a **possibilidade de os possuidores se oporem à penhora alegando que penhoraram a coisa errada, que não é suposto se executada, porque aquela pessoa é apenas o possuidor e não o executado.** É embargo de terceiro porque o possuidor é estranho às partes do processo de execução, executado e exequente. Os bens que são executados são bens do executado. Haver um embargo de terceiro é ele ter a posse da coisa e dizer: isto não é do executado, é meu.

No âmbito deste mecanismo, discute-se frequentemente não apenas a posse, como também o direito real, podendo chegar-se à conclusão que efetivamente o terceiro tem a posse, mas a propriedade é do executado e aí é esse direito real que prevalece, cedendo a posse. Nesse caso, o bem será executado na mesma. Assim, isto só servirá para os bens sobre os quais a execução está “enganada”: a coisa já foi do executado, mas mudou de proprietário, tendo o terceiro um direito real e não a mera posse.

O efeito de presunção de titularidade do direito

Nos termos do **artigo 1268º nº1**, o possuidor goza da presunção da titularidade do direito. Em termos simples, **a posse faz presumir a propriedade.**

Em que contexto é que isto pode ser útil? O lugar mais comum para invocar essa presunção é numa **ação de reivindicação, artigo 1305º**. Quando alguém alega ser proprietário, importa fazer prova da propriedade por posse. Pelo facto de conseguir provar que tem a detenção, que é possuidor, presume-se que tem a propriedade dessa coisa. Este artigo encontra a sua origem nos tempos em que a posse era a forma de dar publicidade aos direitos reais. Na dúvida, o possuidor é proprietário.

Confronto com as regras do registo

O **nº2** tem um excerto perturbador: **no confronto entre uma presunção derivada da posse e uma presunção derivada do registo, prevalece a mais antiga.** O professor Caetano Nunes considera que esta regra está atrasada e que deveria prevalecer sempre a publicidade do registo, mas o legislador colocou ambos em pé de igualdade. **Exemplo:** tomei todos as cautelas e tenho a minha propriedade do prédio inscrita no registo predial, mas aparece alguém em tribunal que, através de testemunhas, convence o juiz de que é possuidor do prédio desde um momento anterior à minha inscrição no registo. Nesse caso prevalecerá o direito de propriedade derivado da posse anterior.

Não podemos dizer que este seja um caso em que a posse prevaleça sobre a propriedade. O que acontece é que a prova da propriedade não é mais forte do que a prova de posse. Se, pelo contrário, o juiz tiver a convicção de que sou efetivamente proprietária, vai fazer prevalecer o meu direito. O problema está na prova.

Numa ação de reivindicação, no artigo 1305º, a previsão normativa é a propriedade (que tem de ser provada) e a estatuição normativa é a restituição da propriedade. Discute-se, em processo civil, como é que o proprietário prova a propriedade numa ação de reivindicação. É jurisprudência pacífica a **teoria da substanciação, de acordo com a qual é preciso provar uma aquisição originária, não bastando uma aquisição derivada.** Não basta dizer “fiz uma escritura de compra e venda com o Joaquim”, tenho de provar uma aquisição originária, no fundo, por usucapião: “estou cá há 15 ou 20 anos, depois de ter comprado ao Joaquim”. Ou, se comprei ao Joaquim e ele já cá estava há mais tempo, somamos a posse dos dois para provar a aquisição originária.

Contudo, existem **exceções à necessidade de fazer prova de uma aquisição originária, a chamada prova por presunção. Se eu tiver uma presunção a meu favor, escuso de fazer prova do facto presumido.** Isto pode jogar com a presunção decorrente do **artigo 7º CDRP**, segundo o qual a inscrição registral faz presumir os factos sujeitos a registo. Se eu tiver o registo predial, escuso de andar a fazer uma investigação sobre uma aquisição originária da propriedade. O que nos diz o **artigo 1268º** é que a posse também funciona como presunção de propriedade e com o mesmo valor.

Concluindo, **havendo presunção de propriedade derivada da posse e presunção derivada do registo, vencerá a ação quem conseguir provar a aquisição originária.**

Usucapião

A usucapião, também conhecida por **prescrição aquisitiva**, vem prevista no **artigo 1287º**. Há dois elementos na **previsão normativa, posse e tempo**, enquanto que a **estatuição normativa é a aquisição da propriedade**. O nosso estudo incidirá sobretudo sobre a usucapião de coisas imóveis.

Estatuição: aquisição do direito real

A usucapião **é uma aquisição originária da propriedade ou de outro direito real de gozo a que corresponde a posse**. Pode haver uma posse correspondente à propriedade, ao usufruto, a uma servidão de passagem, entre outros. Assim concluímos que as posses não são necessariamente correspondentes à propriedade.

A estatuição normativa que resulta de forma expressa é a **aquisição da propriedade**, mas o efeito colateral, **estatuição implícita, é a extinção dos direitos reais do outro ainda que registados**. Remissão para o **artigo 5º nº2 CDRP**. É uma extinção de todos os direitos reais incompatíveis com esta aquisição originária.

Em rigor, **a usucapião não é a aquisição da propriedade, mas sim um direito potestativo à aquisição da propriedade**. A usucapião não opera automaticamente, *ope legis*, o que acontece é que a lei atribui um direito potestativo e é através do seu exercício que opera a aquisição originária.

O exercício da usucapião pode operar judicialmente, mediante uma ação de reivindicação ou uma mera ação para provar a usucapião. Não tem de ser uma ação específica apenas para a declaração da usucapião. **Há também a possibilidade de fazer extrajudicialmente,** porque existe um mecanismo de justificação registral, a que já fizemos referência, no **artigo 116º e seguintes CDRP.**

Esse mecanismo, **ação de justificação registral,** funciona com duas testemunhas em que se reconhecem factos face a uma aquisição originária, permitindo que haja um reconhecimento da usucapião para operar uma atualização das inscrições registais. **Através da justificação, a aquisição por usucapião fica a constar no registo predial e, como efeito colateral, faz caducar os outros direitos reais incompatíveis.** Esta ação tem duas modalidades, parte ocorre no notário, a outra na conservatória do registo predial.

Exercido o direito potestativo, **a aquisição tem eficácia retroativa,** retroage à data do início da posse, por força do **artigo 1288º.** Importa ainda referir que, nos termos do **artigo 1290º,** os **meros detentores não podem adquirir por usucapião.**

Previsão normativa: posse e tempo

Olhemos agora para a **previsão** normativa e os seus elementos: **posse e tempo.**

Vamos agora tratar o tema dos prazos. O **artigo 1296º** prevê dois prazos, **15 anos e 20 prazos, consoante a posse seja de boa ou má fé.** 20 anos é o prazo limite para esta aquisição. A ideia é que passado esse longo período cessam todos as irregularidades, incluindo a má fé. Atualmente há uma tendência para a diminuição dos prazos, mas o regime da usucapião ainda não foi afetado por essa tendência.

Os prazos variam consoante a coisa, se é móvel ou imóvel, dos caracteres da posse, da existência ou não do registo dessa posse. Há que analisar os vários artigos para chegar aos prazos. Por exemplo, o **artigo 1294º** é sobre os prazos para a usucapião quando há posse titulada. Contudo, as situações paradigmáticas são as de aplicação do **artigo 1296º** porque, do ponto de vista social, a tipicidade é que não haja registos.

Importa chamar a atenção que **só a posse pacífica e pública é que permite a usucapião,** como resulta do **artigo 1297º.** Portanto, não há usucapião em casos de posse violenta e/ou oculta. Deixando de haver violência ou ocultação, começa a contar o prazo para efeitos de usucapião. Outra nota é que **não podem ser adquiridas por usucapião as servidões prediais não aparentes e os direitos de uso e habitação,** por força do **artigo 1293º.** Assim, terminamos a análise dos elementos da norma e passamos a evidenciar três problemas colocados pelo regime da usucapião.

Conformidade com o artigo 62º CRP

Colocam-se muitas questões em torno da compatibilidade da usucapião com o **artigo 62º nº2 CRP** que consagra o direito fundamental de propriedade, na modalidade de garantia contra a expropriação. **Determina que a propriedade só pode ser expropriada por utilidade pública e mediante justa indemnização.** Esta é uma norma constitucional com carácter de garantia, que não consta do elenco dos direitos liberdades e garantias, mas é de natureza análoga.

Os direitos fundamentais começaram por ser garantias face ao estado e às entidades públicas, proteção dos cidadãos face ao poder público e esta disposição tem a ver com essa faceta dos direitos fundamentais, dado proíbe que as entidades publicas pratiquem a expropriação sem fundamento legítimo.

A lei não fala disso, mas **alguma doutrina chama a atenção de que fará sentido aplicar a proibição do artigo 62º nº2 às situações de usucapião**, porque um efeito colateral é a ablação da propriedade e não há justa indemnização. As pessoas perdem a propriedade, sem mais, não tendo direito a uma justa indemnização? A propósito do **artigo 18º**, discute-se se os direitos fundamentais podem ter uma eficácia horizontal (entre cidadãos) e não apenas face às entidades públicas (eficácia vertical). **A possibilidade de chamar à colação esta disposição no confronto entre privados tem como consequência que só se possa usucapir pagando uma justa indemnização.** Contudo, ainda não há estabilização na jurisprudência, é uma situação de fronteira.

Princípio da especialidade ou da individualização

O princípio da especialidade ou da individualização diz-nos, como aliás já aqui foi referido, que os direitos reais **só podem incidir sobre coisas individualizadas de acordo com o seu estatuto jurídico-real**. Isto significa que não pode haver usucapião de uma parte de um prédio. Este princípio faz com que a usucapião só possa incidir sobre a totalidade do prédio ou, quanto muito, sobre uma fração autónoma.

É muito frequente, fora de Lisboa, que a propriedade real seja dividida em avos. O que se passa é que temos único prédio que, na prática, é dividido em várias parcelas exploradas por várias pessoas. Numa situação de compropriedade, as pessoas hão de querer dividir o prédio e passar a ser proprietários da sua parcela, divisão física. Agora, se não houver esta situação de compropriedade e tivermos o tal terreno dividido em três avos e durante 20 anos cada um gozar em exclusivo da sua parte do prédio sem se meter no dos outros, *quid juris?* As regras da usucapião podem prevalecer sobre o estatuto jurídico do prédio, operante a divisão do prédio? É o que se discute. Este tema é muito quente nas zonas rurais.

Duas implicações: **princípio da individualização** e o **princípio administrativo do fracionamento e loteamento**. O primeiro problema que já vimos é apenas uma afirmação simples de que não se pode constituir direitos reais sobre coisas que não existem juridicamente. As regras do fracionamento e loteamento limitam a divisão dos prédios, sobretudo para efeitos de produção agrícola. *Quid juris* quando o tio Joaquim quer fazer uma divisão que não permite a salvaguarda da unidade da cultura? Se tentar fazê-lo por escritura pública, o notário não o fará, por ser inválido. Esta proibição pode ser contornada ou torneada através de uma **ação judicial sobre a usucapião**.

Quid juris se invocar a usucapião numa ação judicial? Discute-se se o regime jurídico da usucapião pode fazer tábua rasa do regime da fragmentação. Há jurisprudência que diz que sim e outra que não. O loteamento está para as zonas urbanas e o fracionamento está para as zonas rurais. Há uma jurisprudência intermédia: **pode passar por cima do fracionamento, mas não por cima do loteamento**.

A *ratio* desta jurisprudência dominante é que quando se faz uma escritura que viola as regras do loteamento, a sanção é nulidade, ao passo que se violarmos as do fracionamento temos a anulabilidade como consequência. Tem a ver com a opção do legislador que reflete o interesse público. O professor Caetano Nunes é contra e diz que é por causa disto que há fogos e desordenamento do território.

Natureza jurídica da posse

Para uns é um facto e não um direito. Para outros é direito sem carácter real. Para outros é um direito real. Há para todos os gostos. A posição aqui seguida é que a **posse é um facto e ao mesmo tempo um direito: uma previsão normativa, mas também um regime jurídico**. E, enquanto direito, é um direito real: lado interno, imediação e domínio e lado externo, oponibilidade *erga omnes*. É a posição mais sofisticada.

Extensão do regime da posse

A propósito da extensão do regime da posse, falaremos em primeiro lugar nos **direitos pessoais de gozo**. Têm um direito pessoal de gozo o locatário, o comodatário, o depositário e o parceiro pensador (figura do contrato de parceria pecuária), previstos nos **artigos 1037º nº2, 1125º, 1133º e 1138º**. **Os titulares dos direitos pessoais de gozo gozam dos mecanismos de defesa da posse**. Há uma extensão do regime da posse a estas outras situações, nomeadamente no que toca à defesa da posse.

Há uma **querela doutrinária sobre o direito do locatário, artigo 1037º nº2**. Há quem defenda que é um direito real, contudo a posição maioritária diz que é um direito pessoal de gozo. Há ainda uma terceira hipótese mais sofisticada que defende que é um direito pessoal de gozo, mas com características especiais, estando assim numa zona cinzenta. Esta última é a doutrina mais moderada.

A extensão do regime da posse faz-nos reequacionar os conceitos básicos em matéria da posse. Já distinguimos a posse da detenção, ou posse em nome próprio e posse em nome alheio. O **locatário é mero detentor: exerce a posse em nome alheio**. Podemos acrescentar que também a distinção entre a posse e a mera detenção tem zonas cinzentas, nomeadamente, os direitos pessoais de gozo. Os titulares de direitos pessoais de gozo são meros detentores, **mas são detentores que beneficiam de certos aspetos do regime da posse, nomeadamente da defesa da posse**. Dito isto, podemos concluir que os titulares de direitos pessoais de gozo aparecem como **detentores qualificados** já que estão numa zona cinzenta entre a posse e a detenção, tal como estão numa zona cinzenta entre os direitos reais e os direitos pessoais.

A isto acrescentamos que, apesar de estarem na zona cinzenta, estão ainda do lado da detenção, é uma detenção qualificada. Isto é o que o professor acha. Contudo, **Menezes Cordeiro** acha que está mais do lado da posse e chama-lhe **posse interdita**. O professor Caetano Nunes acha essa posição errada dizendo que a sua perspetiva joga melhor com o precipitado histórico e com a arquitetura do código civil.

	← Zona cinzenta →	
Posse	Detenção qualificada	Detenção
Direitos reais	Direitos pessoais de gozo	Direitos Pessoais de crédito

Posse sobre o estabelecimento comercial

Em sentido objetivo, estabelecimento comercial corresponde a empresa. Empresa em sentido objetivo é a empresa enquanto objeto de negócios jurídicos ou de direitos de garantia, isto é, situações em que a empresa é objeto de um penhor, de negócios jurídicos, de contratos. No sentido subjetivo, a empresa é o substrato, é o que está por trás da entidade jurídica. Aqui nesta disciplina interessa-nos a empresa enquanto estabelecimento comercial, sentido objetivo.

Vimos a propósito do **regime do penhor**, que se era possível a penhora do estabelecimento comercial, devemos considerar admissível o penhor do estabelecimento comercial. Se é admissível o penhor, também faz sentido discutir a propriedade e a posse sobre o estabelecimento comercial. Hoje em dia, a doutrina e a jurisprudência têm sido favoráveis a estas ideias. No que agora nos interessa, à ideia de posse sobre o estabelecimento comercial.

O pano de fundo é o **artigo 206º**. Este regula o tema das **coisas compostas ou complexas**, fazendo referência às **universalidades de facto**. O que se discute é saber se posso enquadrar neste artigo o estabelecimento comercial. Se considero que este é uma coisa, passo a poder aplicar todas as normas do livro III ao estabelecimento comercial.

Assim, quando o **artigo 1251º** diz que pode haver posse sobre uma coisa, automaticamente considerarmos que pode haver posse sobre o estabelecimento comercial. Aqui temos **uma dificuldade, dado que o estabelecimento comercial não é uma mera universalidade de factos, mas uma universidade de factos e de direitos**, onde se integram posições contratuais, créditos, muitos elementos que não podem ser vistos como factos, mas como direitos. Temos então factos e direitos, se assim é, a ideia de estabelecimento comercial não se subsume com facilidade ao **artigo 206º**, dado que este apenas refere universalidades de facto.

Isto resolvesse com a remissão para a leitura sistemática do CPC, dado que este admite a penhora sobre o estabelecimento comercial. Isto no sentido de abarcar no conceito de coisa não só as universalidades de facto, como também as de direito. **Confrontamos este artigo 206º com o CPC que abre a porta para uma leitura extensiva do primeiro que nos permite inserir o estabelecimento comercial aqui, possibilitando a aplicação dos mecanismos de defesa da posse ao estabelecimento comercial.**

Possibilidade de aplicar o regime da posse aos títulos de crédito e valores imobiliários

Se há um esbulho do papel que corporiza os direitos decorrentes da letra e da livrança, poderá ou não haver uma providencia cautelar da restituição da posse? Esta questão é controversia, mas a **tendência é para estender o regime da posse para a defesa dos títulos de crédito e de valores imobiliários.**

A aplicação é mais controversa, quando estes títulos e créditos deixam de ter um suporte em papel e passam a ter suporte eletrónico. Há uma tendência nas últimas décadas para substituir um suporte pelo outro, chegando mesmo a falar-se de uma desmaterialização, por o suporte eletrónico não ser visível como o papel. É mais difícil aplicar esta ideia de defesa dos títulos e dos créditos, porque o esbulho não é visível. **Contudo, os juristas tendem a aplicar os institutos clássicos a questões jurídicas atuais.**

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E OS DIREITOS REAIS

O que se pretende é fazer um **confronto entre o CC e o CRP, entre os direitos reais e o direito constitucional**. O pano de fundo é a ideia de que o direito constitucional, hoje em dia e cada vez mais, abarca e enquadra todas as áreas jurídicas. Desde que se tem desenvolvido a ideia de hierarquia de normas, tem-se verificando a conformidade do direito infraconstitucional com o constitucional, o que faz com que cada vez faça mais sentido este aspeto de enquadramento. No seu confronto com o constitucionalismo, os direitos reais convocam as três áreas constitucionais: **direitos fundamentais, organização económica e organização política**, com destaque para a competência legislativa.

- **Direitos fundamentais** → O primeiro porque a propriedade e os direitos reais podem ou não ter um enquadramento enquanto direitos fundamentais e por isso, em todos os quadrantes, faz sentido questionar até que ponto os direitos reais gozam da tutela do regime dos DLG.
- **Organização económica** → A constituição de direitos reais tem por pressuposto uma organização económica baseada na propriedade privada, no funcionamento do mercado. Uma organização económica não privada, mas coletivizada, as regras civilísticas sobre a propriedade farão todo o sentido.
- **Organização política** → a relação entre os direitos reais e o constitucionalismo não é tao forte, mas ainda assim importa saber quais são os órgãos com competência para regular os direitos reais.

Na história e nas diversas geografias, é comum a nível constitucional falar-se num **direito fundamental de propriedade privada**. O constitucionalismo inicial de pendor liberal, consagrou desde o início a ideia de direito de propriedade privada. Nas primeiras cartas de afirmação dos direitos fundamentais, a propriedade privada constava nesse elenco e era um dos direitos fundamentais mais importantes. Isto porque as primeiras cartas de direitos fundamentais eram marcadas por um pensamento liberal.

Em tempos mais recentes, surge a ideia de **função social da propriedade privada**. A primeira constituição que faz apelo a esta ideia é a constituição alemã de Weimar, que marca uma mudança de ciclo constitucionalismo moderno. É a primeira em que se afirma que a propriedade obriga, isto é, implica deveres e não apenas vantagens, tendo, por isso, uma função social. Esta ideia acaba por dominar todo o constitucionalismo moderno e **a CRP 1974 é uma constituição pós Weimar, e é consagrado o direito de propriedade como um direito análogo aos DLG**, mas não surge no elenco inicial a par com o direito à vida, à liberdade de expressão ou à integridade física. Esta desvalorização relativa é um corolário desta ideia de função social da propriedade.

Importa ainda dizer que no direito civil, os direitos reais, o direito de propriedade, são concebidos como meros direitos subjetivos, com uma estrutura puramente vantajosa, não incorporando a ideia de que a propriedade implica também responsabilidades, ainda que na interpretação das normas encontremos limites.

No **artigo 80º CRP**, encontramos na **alínea b)**, a coexistência dos vários setores. O regime civilística enquadra-se no **setor privado dos meios de produção**. A propriedade e os direitos reais que vimos, são instrumentos jurídicos desse setor privado dos meios de produção. Também a nível de organização económica, outro dado importante é a consagração da **liberdade de iniciativa económica privada** na **alínea c)** do mesmo artigo.

No que toca à competência legislativa, organização política, há que destacar o **artigo 165º da reserva relativa da AR**, onde encontramos na **alínea I)** referência a alguns aspetos do regime dos direitos reais, nomeadamente no que toca à **intervenção, expropriação, nacionalização e privatização de meios de produção**.

Ultrapassadas estas notas, passamos para o DLG. O **artigo 62º** que consagra o direito de propriedade privada está no capítulo dos direitos e deveres económicos e social, e não no dos DLG. O **nº1** afirma pela positiva, enquanto o **nº2** apresenta uma garantia face ao estado e às entidades públicas, uma imunidade.

O conteúdo útil do **nº2** é mais preciso e palpável, porque apesar de ser mais restrito é mais forte. O **nº1** é mais amplo, mas tem menos sumo, isto é, tem menos consequências a nível infraconstitucional.

Quando se fala em propriedade privada, quer-se abranger a propriedade, mas também todos os direitos reais. Por propriedade privada em direito constitucional, devemos entender todos os direitos privados com conteúdo patrimonial. Propriedade para efeitos da Constituição, significa na prática, património, equivale ao património privado. É um conceito amplo aqui. Pelo que não podemos confundir a propriedade em sentido constitucional com a propriedade em sentido civilístico. O conceito constitucional abarca também a propriedade corporativa, aquela que é detida através de participações em sociedades comerciais, nomeadamente ações.

Prosseguindo com a interpretação, este direito de propriedade privada no esquema da Constituição é um direito económico, não surge nos DLG, o que implica um menor peso deste direito no confronto com outros direitos fundamentais no título II. Em todo o caso, entende a doutrina e a jurisprudência, que **o direito da propriedade privada é um direito análogo aos DLG**. Assim, apesar da sua localização, é possível aplicar o regime dos DLG, nomeadamente a chamada eficácia horizontal, aplicação direta, regime de restrições, regras constantes do **artigo 18º**.

Contudo, **há limites quanto a esta força expansiva**. Considera-se que esta expansão apenas incide sobre o núcleo essencial ou a dimensão essencial do direito de propriedade. A proibição de expropriação será uma dimensão essencial, mas nem todos os aspetos integrarão este núcleo essencial.

O núcleo essencial do direito de propriedade privada está, sobretudo, no **artigo 62º nº2** e nas garantias face à expropriação. Aqui, está nesse núcleo a vertente negativa enquanto garantia constitucional face às entidades públicas. Ainda assim, **a aplicação do nº2 artigo 18º CRP é muito questionada**, sobretudo nas situações em que está em causa o chamado *jus edificandi*, discutindo-se até que ponto as limitações ao direito de edificar implicam uma justa indemnização e até que ponto deve ser esse ressarcimento. A jurisprudência constitucional é muito flutuante sobre esta matéria.

Subjacente ao **artigo 62º nº2** está o **princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos**. Se for expropriada, vou perder a minha propriedade em função do interesse público. É esta ideia de sacrifício de uns pelo interesse publico aliada ao princípio de igualdade, que leva à ideia de justa indemnização, para que haja uma paridade entre os cidadãos face aos encargos públicos. Esta ideia pode surgir quer numa situação pura de expropriação, quer numa situação de restrição da edificabilidade. Nesta segunda, os raciocínios do tribunal não são tão fortes, havendo uma tendência para não fazer leituras extensivas excessivas.

-- FIM --