



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Beatriz Vaz Ferreira

**A USUCAPABILIDADE DE UMA HERANÇA
JACENTE**

**Dissertação no âmbito do
Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas - Menção em Direito Civil
orientada pela Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves Sousa Jardim e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Outubro de 2020



9 0

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

A USUCAPABILIDADE DE UMA HERANÇA JACENTE

Adverse possession of an underlying inheritance

Beatriz Vaz Ferreira

Volume único

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas / Menção em Direito Civil, orientada pela Senhora Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves Sousa Jardim

ves Sousa Jardim

Coimbra, outubro de 2020

*Não é aos padres nem aos filósofos que se deve
perguntar para que serve a morte... é aos herdeiros.*

FRANCESCO PETRARCA

RESUMO

O fenómeno sucessório tem sido, desde sempre, considerado complexo. A morte, enquanto facto jurídico, implica a extinção dos direitos pessoais e a mudança de titularidade dos demais direitos, mormente, os reais. E, a atribuição de titularidade aos direitos suscetíveis de serem transmitidos *mortis causa* nem sempre se mostra um processo simples. Pelo que, situações há em que este processo acaba por se arrastar durante anos – e em casos, décadas (!) – sem aparente solução; mantendo famílias desavindas e situações jurídicas por resolver.

É precisamente devido a essa morosidade que faz sentido que nos perguntemos se as heranças não partilhadas, e por isso jacentes, podem ser adquiridas por usucapião.

Ora, este instituto, enquanto forma originária de aquisição de direitos reais permite que, reunidas certas condições, aquele que até então deteve a posse de um direito real possa adquirir a sua titularidade. Uma dessas condições, é precisamente o decurso do tempo.

Por tudo quanto se disse, não parece descabido que durante o período de indivisão da herança, um dos herdeiros possa invocar a usucapião e assim adquirir um qualquer direito real sobre determinado bem da herança; sem que isso signifique a preterição da sua posição de sucessível e, bem assim, sem que perca direito à sua quota.

Posto isto, não é difícil antever o problema que pretendemos abordar ao longo desta exposição: em primeiro lugar, não podemos deixar de tratar a ideia de herança jacente, enquanto universalidade relativamente à qual não há consenso sobre a verificação de personalidade jurídica ou à titularidade; imprescindível será tecer considerações acerca dos requisitos necessários para que seja possível falar-se em usucapião, sem prescindir, portanto, de uma abordagem aos complexos conceitos jurídicos que aquele instituto convoca, mormente a posse e tudo o que esta implica, o que faremos em segundo lugar. Exploradas, então, estas linhas orientadoras, restar-nos-á responder à *vexatio quaestio* a que, por ora, nos propomos: será possível que um herdeiro consiga usucapir parte, ou a totalidade, de uma herança jacente em que figure como sucessível?

Palavras-chaves: herança jacente; usucapião.

ABSTRACT

The succession phenomenon has been considered complex for a long time. Death, as a legal occurrence, determines the dissolution of a fair number of rights, as well as a change in the other rights ownership, especially in rights in rem. And the ownership assignment of *mortis causa*'s legal rights is not an effortless process. In some cases, it may take years – decades even (!) – to settle a process with no apparent solution: keeping families apart and legal matters unsolved.

It is exactly because of these slow procedures that we believe we should ask ourselves if unshared inheritances, and for that underlying ones, shall be acquired by *usucapio*, or adverse possession.

This legal figure, as an original form of acquiring rights in rem, allows a person, that until then had been in possession of a right in rem, to obtain said right's ownership. One of the terms is exactly the course of time.

For what has been said before, it does not seem unreasonable to assume that, during a period of time in which the inheritance is undivided, an inheritor may evoke some rights in rem's acquisition of one or some inheritance's assets; and that may not signify disregarding his successor position or even his right to inherit his respective share.

In that, it is not difficult to foresee the matter we aim to approach in this dissertation: firstly, we could not leave untouched the idea of underlying inheritances as a universal unagreeable legal matter as for legal personality or ownership; secondly, it is essential to weave about all of the adverse possession's requirements, acknowledging legal concepts as possession and what it implies. Following these guidelines, what will remain is the *vexation quaestio*: is it possible for an inheritor to adverse possess part of an underlying inheritance, or its whole, when he is, himself, a successor?

Keywords: underlying inheritance, adverse possession

ÍNDICE

RESUMO	2
ABSTRACT	3
ÍNDICE	4
I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	7
II. HERANÇA JACENTE	13
1. DEFINIÇÃO LEGAL E DOUTRINAL	13
2. NATUREZA JURÍDICA.....	14
2.1. CONTINUIDADE DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO <i>DE CUJUS</i>	14
2.2. PESSOA JURÍDICA	15
2.3. DIREITO SEM SUJEITO	16
DIREITO À ESPERA DE SUJEITO.....	17
2.4. OBNUBILAÇÃO DO SUJEITO	17
2.5. PATRIMÓNIO AUTÓNOMO.....	18
2.6. ESTADO DE VINCULAÇÃO, JURIDICAMENTE TUTELADO, DE UMA UNIVERSALIDADE JURÍDICA DE BENS	18
3. UNIVERSALIDADES	20
3.1. UNIVERSALIDADE DE FACTO.....	20
3.2. UNIVERSALIDADE DE DIREITO.....	20
4. COMUNHÃO HEREDITÁRIA	22
4.1. COMUNHÃO DE MÃO COMUM	22
4.2. DISTINÇÃO NORMATIVA E PRÁTICA DA COMPROPRIEDADE	25
QUOTA	27
5. ADMINISTRAÇÃO	28
III. A USUCAPIÃO – CONSIDERAÇÕES GERAIS	30
1. ENQUADRAMENTO.....	30
1.1. HISTÓRICO.....	30
1.2. NORMATIVO.....	32
2. FORMA DE AQUISIÇÃO	33
2.1. ORIGINÁRIA	33
2.2. GENÉRICA.....	35

2.3.	CONFRONTO COM A <i>AQUISIÇÃO SUCESSÓRIA</i>	37
3.	FUNDAMENTOS	38
3.1.	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE?	43
	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E INDEMNIZAÇÃO	49
3.2.	PROVA DIABÓLICA.....	52
4.	ÂMBITO.....	54
4.1.	EXCLUSÃO.....	54
4.2.	UNIVERSALIDADES	61
5.	PRESSUPOSTOS – REMISSÃO.....	62
6.	POSSE	62
	QUALIFICAÇÃO JURÍDICA	63
	ESTRUTURA.....	67
6.1.	<i>CORPUS</i>	70
6.2.	<i>ANIMUS</i>	71
	DISTINÇÃO DA MERA DETENÇÃO	74
	NECESSIDADE DE POSSUIR EM PRÓPRIO	75
7.	MANTIDA À IMAGEM DE UM DIREITO REAL.....	75
7.1.	PÚBLICA	76
	INÉRCIA DO TITULAR	79
7.2.	PACÍFICA.....	81
8.	LAPSO DE TEMPO	83
8.1.	TITULADA.....	84
8.2.	BOA FÉ.....	86
8.3.	REGISTADA	88
9.	NECESSIDADE DE INVOCAÇÃO.....	88
9.1.	EXTRAJUDICIAL.....	89
9.2.	JUDICIAL	91
IV.	A USUCAPABILIDADE DE UMA HERANJA JACENTE	93
1.	A MORTE ENQUANTO FACTO GERADOR DE EFEITOS JURÍDICOS	93
1.1.	ENQUADRAMENTO	93
1.2.	POSSUIDORES?	94
	POSSE PRECÁRIA?.....	97
2.	AQUISIÇÃO DA POSSE.....	99
2.1.	PRÁTICA REITERADA DE ATOS MATERIAIS – REMISSÃO.....	100

2.2.	TRADIÇÃO MATERIAL OU SIMBÓLICA DA COISA	101
	PARTILHA EM VIDA.....	102
2.3.	CONSTITUTO POSSESSÓRIO.....	105
2.4.	INVERSÃO DO TÍTULO DE POSSE	105
	POR OPOSIÇÃO DO HERDEIRO.....	107
	ATOS DE MERA ADMINISTRAÇÃO.....	108
	POR ATO DE TERCEIRO.....	111
3.	USUCAPABILIDADE.....	114
3.1.	POSSE À IMAGEM DE UM DIREITO REAL	114
	PÚBLICA	115
	PACÍFICA	115
3.2.	DECURSO DO TEMPO	116
	TÍTULO	116
	BOA FÉ	119
	REGISTO.....	120
3.3.	INVOCAÇÃO	120
3.4.	INÉRCIA DO(S) TITULAR(ES).....	121
V.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
	BIBLIOGRAFIA	129
	JURISPRUDÊNCIA	137

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O fenômeno sucessório envolve uma série de preocupações que têm acompanhado a existência das comunidades de homens, que, contudo, têm vindo a alterar-se – assim como as respectivas soluções – ao ritmo da sua evolução sociocultural.

Acontece desta forma porque, para além da dimensão mística que a morte comporta, há questões práticas da máxima importância que urgem ser resolvidas; mas que, dada a sua complexidade, nem sempre o podem ser com a brevidade desejável. Deste modo, a atribuição da titularidade das suas relações jurídicas a um novo sujeito, fruto do falecimento do *de cuius* (e que, então, lhe sucede) pode acontecer em poucos dias, conquanto haja colaboração entre todos os sucessíveis; mas, caso isso não suceda podem decorrer vários anos ou, até, décadas até que se encontre a solução de todo este *problema* sucessório. A esta situação dá-se o nome de *herança jacente*, cujo início coincide com a abertura da sucessão, isto é, com a morte de um sujeito, e o termo com a aceitação ou repúdio da herança.

Este período de jacência não tem uma duração previamente fixada, mas é comumente tido como algo moroso, o que não se mostra minimamente conveniente ou profícuo; ainda que – como *supra* dissemos - nada impeça que os sucessíveis chamados aceitem ou repudiem (quase) imediatamente a herança. Quando aconteça como por último se descreveu, os problemas serão menores, visto que sabendo-se quem são, efetivamente, os sujeitos por quem dividir o património do *de cuius* resta, então, o ulterior processo de partilha, que correrá termos, mais ou menos, céleres conforme haja colaboração e consenso entre os herdeiros. Quando a jacência se estenda por um período de tempo mais dilatado, outros e maiores problemas surgirão.

Por um lado, porque as coisas sobre as quais os direitos que compõem a herança incidem hão de precisar de cuidado e manutenção que nem sempre lhe poderão ser adequadamente dispensados. Por outro lado, porque tal se assume como um desincentivo ao tráfico jurídico, visto que as relações jurídicas permanecerão em *pousio*, sem quem as encabece e, bem assim, sem quem celebre negócios jurídicos que as envolvam. Isto, claro, sem desmerecer outras questões que, por razões de economia textual, nos abstemos de refletir e problematizar.

Assim, cremos que o principal problema não é qualquer um dos que explanámos.

Isto porque, a lei portuguesa disponibiliza soluções para a administração do património da herança jacente, por forma a evitar a sua deterioração ou desvalorização, em primeiro lugar; e, para o segundo problema, que vê ser-lhe dispensada atenção legislativa nos artigos 2124º e seguintes do Código Civil¹.

O que mais questões nos desperta e motiva a presente investigação prende-se com uma outra questão relacionada com a possibilidade de, enquanto a herança não for aceita ou repudiada, poder ser adquirida por uma via que não a sucessória. O mesmo é dizer – e concretizando – a possibilidade de usucapir uma herança jacente.

É sabido que a usucapião é um instituto antiquíssimo e parte incontornável do sistema jurídico português, cuja razão de ser e requisitos em muito se assemelham aos originais, como *infra* procuraremos explicar. *Grosso modo*, pode dizer-se que *usucapião, etimologicamente, significa, precisamente uma aquisição (capió) pela posse (usu)*². Assim, o sucesso da sua invocação depende da verificação dos requisitos legais previstos nos artigos 1287º e seguintes do Código Civil. Sucintamente, podem, então, apontar-se a necessidade de existência de posse em nome próprio; que sempre terá que ser pacífica, pública e exercida como se relativa a um direito real seu e que sempre terá que se manter por um determinado período de tempo, a variar mediante o tipo de coisa em questão (móvel ou imóvel), a existência de título que justifique a posse em causa e respetivo registo desta, assim como da boa ou má fé do possuidor.

À primeira vista, e face ao exposto (sem prescindir das considerações que tecemos quanto à demora na solução de *problemas* sucessórios) não nos parece transcendente considerar a possibilidade de invocação de usucapião. Isto porque a posse pode iniciar-se durante a jacência da herança³; e claro está que nada obsta a que seja exercida de forma pacífica e pública, mas também porque a herança enquanto acervo de direitos sempre poderá comportar direitos reais usucapíveis.

¹ Aprovado pelo Decreto Lei número 47344/66, de 25 de novembro de 1966 e alterado, já, setenta e sete vezes, a última das quais pela Lei 85/2019, de 03 de setembro.

² *Vide*, Durval FERREIRA, *Posse e Usucapião*, Almedina, março de 2002, página 439. Também assim, José Pedro MACHADO, que *in Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, volume V, Livros Horizonte, 1995, apresenta a etimologia do presente termo – oriundo do latim – como *maneira de adquirir pela posse prolongada*.

³ E só nesta altura por, até então, o lugar de possuidor ter sido ocupado pelo *de cuius*.

A verdadeira dificuldade coloca-se, então, no decurso de tempo necessário até à possibilidade de invocação da usucapião. Contudo, não se nos afigura intangível porque o período que medeia a abertura da sucessão e a respetiva aceitação pode ser suficientemente demorado, tanto que permita a invocação deste instituto.

Ora, este problema não é recente nem causado pela constantemente apontada morosidade do sistema judicial português e atividades conexas, nomeadamente as atinentes aos cartórios.

Já o direito romano se sensibilizara com esta questão, nomeadamente com a figura da *usucapio pro herede*.

Assim, durante a época arcaica⁴ as heranças eram passíveis de usucapião: a pessoa que possuísse *ceterae res*, durante um ano, adquiria o título de herdeiro. Ou seja, não adquiria o domínio da coisa em questão, mas ficava habilitado a concorrer à sucessão⁵, sem necessidade de reunir em si pressupostos como a *iusta causa* ou *bona fides*. A razão de ser desta faculdade deve-se, segundo Gaio, ao facto de os antigos desejarem que as heranças *fossem aceitas rapidamente, de modo a que houvesse quem se encarregasse do culto familiar (...)* e para que os credores tivessem de quem obter o que é seu⁶. Assim, entendia-se que se, volvido um ano do falecimento, a herança se mantivesse jacente, a indiferença dos herdeiros com os sobreditos compromissos era evidente, pelo que se devia *abrir* possibilidade de um sujeito estranho obter esse estatuto e, bem assim, zelar por estes interesses.

Com o decurso do tempo passou a ser necessário reunir um leque de requisitos para que a *usucapio pro herede* pudesse ter lugar. Assim, na Época Clássica⁷ para além da inexistência de herdeiro necessário e da falta de aceitação de voluntário, era necessário que o sujeito adquirente gozasse de *testamenti factio passiva*⁸ e possuísse durante um ano e de boa fé⁹. Se este último requisito se não verificasse e, por isso, o usucapiente possuísse de má fé

⁴ Balizada sensivelmente entre 753 a.C. e 130 a.C..

⁵ Desde que consigo só concorressem herdeiros voluntários, uma vez que os necessários adquiriam a herança *ipso iure*, sem precisar, para o efeito, de praticar qualquer ato ou negócio jurídico.

⁶ Gaio, 2, 55: *quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerint veteres maturis hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent (...) ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur; apud* António dos Santos JUSTO, *Breviário de Direito Romano*, Coimbra Editora, 2010, páginas 522 e 523.

⁷ Compreendida sensivelmente entre 130 a.C. e 230 d.C..

⁸ Isto é, de capacidade jurídica para ser herdeiro. Capacidade, essa, de que os escravos, por exemplo, não gozavam.

⁹ Não se exigia, contudo, a verificação de *iusta causa*.

(ou seja, apesar de saber que o fazia sem qualquer direito, uma vez que a herança lhe era completamente alheia), qualquer um dos *verdadeiros* herdeiros podia rescindir a usucapião. Trata-se de uma possibilidade desenvolvida pela *iurisprudencia*, durante o reinado de Adriano (117 a 138), e conhecida como *hereditas petito*. Posteriormente, com Marco Aurélio (161-180), foi criado o *crimen expilatae hereditas*, que punia quem ocupasse dolosamente uma coisa de uma herança.

Com o imperador Justiniano (482 - 565) o leque de aplicação desta figura foi, ainda mais, reduzido e passou a exigir-se *iusta causa*. Ademais, foram estabelecidos novos prazos e a *hereditas* passou a abranger coisas não corpóreas e assim não suscetíveis de usucapião.

O termo deste instituto acaba por se consolidar com a sua deslocação para o campo da aquisição do domínio, isto é, dos direitos reais. Assim, a *usucapio* passou a permitir somente *res singulares*, com o decurso do tempo, segundo os princípios gerais¹⁰.

Importa, ainda, ressaltar que apenas nos debruçaremos quanto à possibilidade de invocação de usucapião por um dos sucessíveis uma vez que nos casos em que o usucapiente seja sujeito terceiro não se colocam dúvidas de maior quanto à sua admissibilidade.

Para esses casos, a lei portuguesa prevê a solução constante dos artigos 2075º e seguintes do Código Civil: a petição de herança.

Pode suceder que todos ou alguns bens da herança sejam possuídos por terceiro que se arrogue de título de herdeiro ou outro título ou, inclusivamente, que os possua sem qualquer título. Ora, quando assim aconteça qualquer um dos chamados à sucessão pode, individual ou conjuntamente, deitar mão do direito de ação contra os possuidores ou meros detentores¹¹ de bens objeto de direito constante do acervo hereditário¹², bem como contra as pessoas a favor de quem aqueles bens tenham sido alienados, gratuita ou onerosamente, ainda que se excluam deste leque os terceiros que hajam adquirido de herdeiro aparente bens

¹⁰ Vide, António dos Santos JUSTO, *Direito Privado Romano V (Direito das Sucessões e Doações)* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *STVDIA IVRIDICA* 97, Coimbra Editora, 2009, página 91.

¹¹ Assim, Inocêncio Galvão Telles, *Prescrição do Direito da Petição da Herança* in 'O Direito', 94, página 171, *apud* Rabindranth Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, volume II, 3ª edição renovada, Coimbra Editora, páginas 29 e seguintes.

¹² A petição pode incidir apenas sobre uma parte dos bens da herança possuídos ou detidos pelo sujeito terceiro. Todavia, esta possibilidade parece-nos pouco sensata, visto que uma vez que a partilha ainda não foi realizada nada garante ao herdeiro proponente da ação que aquando da divisão do património hereditário *lhe calhe em sorte* precisamente a parte que peticionou, até porque a restituição só significa a reintegração da coisa em questão na massa hereditária e não uma qualquer forma de partilha.

determinados, por título oneroso e que sempre tenham mantido uma conduta de boa fé¹³; sendo certo que o herdeiro aparente sempre será responsável pelo valor da alienação, se estiver de má fé, ou segundo as regras do enriquecimento sem causa, se de boa fé.

Como é bom de ver, a propositura desta ação só faz sentido se a herança estiver por partilhar; uma vez que se este passo já tiver sido dado, cada um dos herdeiros é considerado – desde a data da abertura da sucessão – titular dos direitos em causa, pelo que o expediente adequado será o previsto no artigo 1311º do Código Civil: a ação de reivindicação.

Em suma, trata-se de uma ação declarativa de processo comum, que pode ser proposta a todo o tempo. Mas, tendo sempre como referente que volvido determinado período de tempo o possuidor fica habilitado a invocar a usucapião para cada umas das coisas que possua; sem prescindir que também o direito à aceitação da herança caduca.

Face a tudo quanto aqui se expôs fácil é concluir que nos propomos a abordar, portanto, a possibilidade de uma herança jacente ser usucapida por um dos sucessíveis. Isto porque, como já antevimos, não nos parece que haja, de antemão, obstáculos lógicos para que este instituto tenha lugar.

No entanto, e apesar da plausibilidade, a invocação mostra-se pouco clara e evidente. Assim é porque a doutrina é unânime ao entender que durante esse período, nenhum dos sujeitos envolvidos possui como verdadeiro titular de um direito real, sem mais; pelo que se mostrará necessário adquirir uma verdadeira posse em nome próprio para, então, poder invocar aquela forma de aquisição.

E é, precisamente, quanto a esta questão que surgem as mais das questões, que nos motivam e despertam curiosidade: não só científica e conceitual, mas, acima de tudo, prática como o Direito nunca pode deixar de ser; até porque, como um grande Mestre, outrora, nos ensinou esta vertente prática apenas *significa que o direito se vai afinal constituindo à medida que se realiza*¹⁴.

Somos, pois, impulsionados por um enorme fascínio pela figura da usucapião, enquanto forma de aquisição originária - e por isso independente da vontade dos contratos dos homens -, que faz extinguir direitos em determinada esfera jurídica inerte e desinteressada para os ressurgir numa outra que, mesmo sem título, age como se de coisa sua se tratasse,

¹³ Como, aliás, estipula o artigo 2076º/3 do Código Civil.

¹⁴ Vide Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição reimpressão, Coimbra Editora, página 17.

empenhando esforços e possíveis investimentos, numa linha de pensamento muito próxima da aclamada máxima da *a terra a quem a trabalha*. Mas também, cientes de que a propriedade não deve desempenhar uma função social intrínseca, ainda que oca, e de que não exercer qualquer ato sobre coisa sua é (só mais) uma manifestação do direito de propriedade de alguém.

Por outro lado, as paixões movidas pelo direito das sucessões também nos não são alheias: a morte é mais do que um conjunto de reações químicas e biológicas; e, por isso mesmo mexe com dimensões de personalidade intangíveis e quase esotéricas que, contudo, se estendem até às mais mezinhas questões quotidianas. Deste modo, processos e assuntos à primeira vista fáceis de resolver assumem dimensões gigantes e desproporcionadas, pelo que, muitas vezes até se conseguir partilhar o património de um sujeito se atravessam gerações sem que, no entanto, as coisas objeto de direitos reais da massa hereditária sejam abandonadas – mas, ao invés e não raras vezes, cuidadas e estimadas por algum ou alguns dos sucessíveis¹⁵.

Em suma, procuramos entrelaçar estes assuntos e problematizar se, realmente, enquanto os anos decorrem sem consenso nem aparente solução, um dos herdeiros não poderá adquirir para si um direito real parte do património do *de cujus*, desde que consiga reunir todos os pressupostos gerais¹⁶ da já tantas vezes referida figura; e sem que por isso se veja obrigado a apresentar o bem adquirido à colação ou preterido aquando da partilha.

Oxalá o consigamos.

¹⁵ Ainda que impedimento não haja em que essa administração seja encabeçada por todos eles, conjuntamente, como havemos de demonstrar *infra*.

¹⁶ Até porque não entendemos que deva haver, aqui, qualquer derrogação deste regime.

II. HERANÇA JACENTE

1. DEFINIÇÃO LEGAL E DOUTRINAL

O artigo 2046º do Código Civil estabelece que após a abertura da herança e enquanto esta não for aceita ou declarada vaga para o Estado se considera jacente, por permanecer em quietude, situação em que permanecerá até se esgotar o prazo de dez anos para a aceitação (que quando finda dita a caducidade deste direito), ou até à efetiva declaração de vacatura, cuja determinação temporal se afigura complexa e algo indeterminada.

Assim sucede por os seus titulares serem, ainda, totalmente desconhecidos; por se desconhecer se os herdeiros determinados e identificados a aceitarão, ou não; por a herança ter sido deixada condicionalmente; ou por ser destinada a nascituro ou concepturo¹⁷. Diferentemente, Alberto dos Reis¹⁸ entendia que para que pudesse falar-se em herança jacente a indeterminação do titular tinha que ser absoluta, não se confundindo, então, *com o vulgar desconhecimento de uma ou várias pessoas sobre a identificação concreta dos herdeiros do autor de certo património*; o mesmo é dizer que aquela indeterminação tinha, para este Mestre, que se impor *erga omnes*.

Certo é que sempre se tratará de um caso em que o titular não está definido com segurança, para os devidos efeitos jurídicos. O mesmo é dizer com Armando Rodrigues¹⁹ que a herança jacente pode ser definida como uma herança ou património *cujo titular morreu, e que ainda não está encabeçado em nenhuma pessoa jurídica*.

O facto de, os efeitos decorrentes da aceitação da herança – e relacionados com a titularidade de direitos sobre determinados bens, pertencentes a herdeiro concreto - se retro-agirem à data de abertura da sucessão, coincidente com o falecimento do *de cujus*, poderia

¹⁷ Veja-se, neste sentido, ARMANDO RODRIGUES, *Herança Jacente in* Revista da Ordem dos Advogados ano 11º, 1951, página 263.

¹⁸ *In Processos Especiais II apud* LOPES CARDOSO, *Partilhas Judiciais*, volume I, 5ª edição, página 33.

¹⁹ *In Herança Jacente*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 11º (1951), nº 1 e 2, página 257. Apesar de a definição ter sido apresentada durante o período de vigência do Código Civil de 1867 – Código de Seabra – vale, hoje, com a mesma utilidade e sentido.

levar a crer que não existe um verdadeiro período de jacência, na medida em que a titularidade daqueles direitos se encontra atribuída – ainda que *a posteriori* – desde a data de abertura da sucessão, por conta do estabelecido no artigo 2050º/2 do Código Civil²⁰.

No entanto, apesar da letra da lei assim dispor, não podemos deixar de reconhecer que, em termos fácticos, há verdadeira jacência, durante o intervalo temporal que medeia a abertura e a aceitação da sucessão, visto que a herança se encontrava sem titular, e por isso verdadeiramente jacente.

Por tal, não podemos prescindir de (tentar) caracterizar e apontar a natureza jurídica da herança jacente, o que faremos *infra*.

2. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da herança jacente mostra-se controvertida e tem suscitado profundas e numerosas divergências doutrinárias.

E a questão mostra-se da maior pertinência uma vez que não é salutar nem desejável que com a morte de um sujeito todas as relações jurídicas por si tituladas se extingam sem mais, uma vez que tal constituiria um enorme desincentivo à iniciativa privada e às atividades de carácter patrimonial. Só que a resolução destas questões pode ser morosa, o que também não é conveniente, por obstar o tráfico jurídico.

Ademais, é essencial que durante este período a herança permaneça íntegra e imutável, por forma a não perder valor e a permitir que o sucessor – aquando da aceitação – encabece os mesmos direitos do *de cuius*.

2.1. CONTINUIDADE DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO DE CUJUS

Por um lado, podem apontar-se autores que a entendem como uma continuidade da personalidade jurídica do *de cuius*, baseados na ideia romana de que *o rei nunca morre*, havendo, tão-só, uma continuidade do cargo de chefe de família; o que significa que a personalidade jurídica do autor da sucessão permaneceria no herdeiro. Assim, a herança, ainda

²⁰ Confronte-se CRISTINA ARAÚJO DIAS, in *Lições de Direito das Sucessões*, 6ª edição reimpressão, Almedina, página 151.

que jacente, não levantava problemas uma vez que passaria *qua tale* para quem fosse indicado como herdeiro.

Esta possibilidade afigura-se-nos inconcebível uma vez que é dado assente que a personalidade jurídica se adquire com o nascimento e se extingue com a morte de uma pessoa; pelo que apesar de a lei estabelecer que quando alguém falece suscita nos seus herdeiros a fruição dos seus direitos e o cumprimento das suas obrigações não nos parece lógico ou coerente defender que acontece uma continuação da personalidade jurídica do anterior titular²¹.

2.2. PESSOA JURÍDICA

Outros autores há que consideram a herança uma pessoa jurídica, distinta de todas as outras que com ela se relacionam, confusos, talvez, pela sua capacidade judiciária. Durante a vigência do anterior Código Civil e, correspondentemente, do Código do Processo Civil de 1939, havia quem entendesse, nomeadamente Cunha Gonçalves ou Paulo Cunha, – apoiados no texto dos artigos 1º do Código Civil e 6º do Código do Processo Civil - que se uma herança jacente podia ser parte num processo judicial, gozando, por isso, do direito de ação tal significaria que necessariamente seria uma pessoa jurídica muito embora não gozasse de personalidade jurídica²².

Ora, não restam dúvidas que a personalidade jurídica que lhe atribuíam sempre teria que se reportar a pessoa coletiva ou jurídica, permitidas à luz dos (atuais) artigos 157º e seguintes do Código Civil. Sucede, porém, que aquele artigo - que estabelece o campo de aplicação das disposições daquele capítulo - é omissivo quanto à qualificação da herança como pessoa coletiva, restringindo-se a associações e fundações.

Para além disto, esta posição não nos parece de sufragar, na medida em que – apesar de os textos latinos se encaminharem neste sentido – são estipulados²³ como requisitos para a existência de pessoas coletivas a existência de um património, um conjunto de pessoas e,

²¹ Também assim CAPELO DE SOUSA para quem esta teoria parece *artificial*, *dado o disposto no artigo 68º/1, in idem*, página 9; ou CARVALHO FERNANDES que a diz *artificial e desajustada, in idem* página 262, bem como PAMPLONA CORTE-REAL que, *in Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, página 268 a rotula de *anómala*.

²² Vide ARMANDO RODRIGUES, *idem*, página 268 a 281, onde ensina que a personalidade judiciária é atribuída tão só com o intuito de *permitir a realização de necessidades práticas exteriores à situação de jacência*.

²³ Conforme o artigo 158º do Código Civil.

(que é o que aqui releva) a prossecução de um fim próprio e um objetivo bem determinado²⁴, que aqui não sucede. Os interesses em causa (os únicos que poderiam, hipoteticamente, atribuir-se à herança jacente) nada têm que ver com esta, podendo, ao invés, ser rotulados de conflituantes, na medida em que se prendem mais com a satisfação dos herdeiros e a consequente resolução desta situação de impasse.

Para além disso, se se lhe pudesse atribuir personalidade jurídica, o Código do Processo Civil não teria necessidade de prever uma norma – artigo 12º/a) – a estender-lhe a personalidade judiciária, uma vez que nos termos do seu artigo 11º a deteria, sem mais.

Esta confusão era ainda agravada porque até à alteração de 30 de dezembro de 2008 (pelo Decreto-Lei 247-B), o Decreto Lei que regula o Registo Nacional de Pessoas Coletivas (Decreto-Lei 129/98, de 13 de maio) previa, no seu artigo 4º/1/g), a hipótese de serem registadas heranças indivisas, desde que o seu autor fosse comerciante individual; o que, contudo, não significa a atribuição de personalidade jurídica aos casos daquela alínea²⁵.

2.3.DIREITO SEM SUJEITO

Há, ainda, quem²⁶ a entenda como um direito sem sujeito, principalmente nas hipóteses em que a sucessão *mortis causa* se destina a um nascituro ou concepturo, visto que até ao seu nascimento – completo e com vida – de facto, não existe sujeito a quem atribuir a titularidade dos direitos sobre os bens da herança; o que constituiria uma situação provisória, com término, precisamente, aquando daquele nascimento ou quando fosse certa a sua impossibilidade.

Não podemos deixar de reconhecer que, nestes casos, a retroatividade de efeitos à data da abertura da sucessão parece algo absurda, uma vez que nesse momento o sucessível não existia, sequer. No entanto, a lei não prevê qualquer exceção neste sentido.

Esta tese, contudo, não colhe aceitação de autores tais como Lehmann ou Manuel de Andrade por a entenderem como um absurdo lógico, uma vez que *o poder, em que o direito subjetivo se traduz, tem de pertencer a alguém*²⁷; entendendo, então, como preferível a tese

²⁴ Há a dizer que o facto de a herança jacente ter uma vocação temporária não significa, *per si*, um obstáculo à sua caracterização enquanto pessoa coletiva, uma vez que nada obsta a que estas existam *com prazo de validade*.

²⁵ Confira-se CARVALHO FERNANDES, *idem*.

²⁶ De que é exemplo B. WINDSCHEID.

²⁷ Assim, também Carlos Alberto MOTA PINTO por António PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO *in Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, página 197.

de que esta situação corresponderia a um estado de vinculação dos bens que constituiriam a herança, em vista ao surgimento futuro de uma pessoa com direito sobre eles²⁸. Também Capelo de Sousa²⁹ a rejeita, por lhe parecer discutível que realidades englobantes de poderes e deveres, como são os direitos, não tenham que implicar a coexistência de sujeitos contrapostos.

DIREITO À ESPERA DE SUJEITO

Semelhante a esta doutrina surge a de Gomes da Silva para quem a herança jacente constituiria uma situação de direito à espera de um sujeito; uma vez que esta privação sempre seria temporária. Assim, o direito manteria a sua organização objetiva, que apesar de não ser inteiramente eficaz, permitiria assegurar a futura afetação a um sujeito.

Ora, também esta doutrina não colhe aceitação.

Por um lado, Carvalho Fernandes³⁰ entende que esta tese fica aquém da realidade, por entender que devia admitir, sem reservas, que durante aquele intervalo temporal e temporariamente, se está perante um direito sem sujeito. Entende, ainda que a resolução deste impasse se encontra assegurada, seja pela aceitação ou pela vacância; e que, entretanto, são disponibilizados meios técnicos de acautelamento dos bens da herança, em vista dos interesses dos futuros adquirentes.

Já, Oliveira Ascensão³¹ entende que todos os direitos sem sujeito se encontram à sua espera pelo que não faz sentido a dicotomia direitos sem sujeito / direitos à espera de sujeito.

2.4. OBNUBILAÇÃO DO SUJEITO

Próxima desta doutrina situa-se a teoria de Paulo Cunha³², para quem a herança jacente constituiria uma situação de obnubilação do sujeito. Assim, durante a jacência as relações jurídicas ficariam *congeladas*, o que significaria que os direitos e pretensões contra a herança seriam, meramente, potenciais.

²⁸ Vide, *idem*, página 198, de onde se conclui ser esta, também, a orientação daquele Autor, que explanaremos *infra*.

²⁹ *Idem*, página 9.

³⁰ *Idem*, página 263.

³¹ *Idem*, páginas 398 e 399.

³² *In Do Direito das Sucessões*, policopiado, Lisboa 1939, *apud* CARVALHO FERNANDES, *idem*.

Ora, não podemos defender esta doutrina, visto que se assim fosse não faria sentido que a lei prevísse meios de proteção da herança jacente, uma vez que eventuais ameaças não passariam disso, só podendo consumir-se depois de o património se encontrar dividido. Mas, não deixamos de lhe reconhecer valor na medida em que, de facto, aquelas relações se encontram amortecidas durante a jacência.

Também Oliveira Ascensão³³ e Carvalho Fernandes³⁴ a rejeitam, ainda que tenham como ponto de partida a ideia de que um sujeito que não existe não pode ser obnubilado.

2.5. PATRIMÓNIO AUTÓNOMO

Há, também, quem a tivesse perspetivado como um património autónomo – no sentido que este e só este responderá pelas suas dívidas - que ainda não encontrara titular; o que não sendo errado acaba por ser impreciso e insuficiente.

É certo que a herança jacente constitui um património diferente do dos seus potenciais e futuros titulares. Mas, dizer isto, sem mais, não basta para a resolução do problema, uma vez que este passa por *saber como se explica uma situação jurídica de bens que parecem não ter titular*³⁵.

2.6. ESTADO DE VINCULAÇÃO, JURIDICAMENTE TUTELADO, DE UMA UNIVERSALIDADE JURÍDICA DE BENS

Por fim, a herança jacente pode ser vista como um estado de vinculação, juridicamente tutelado, de uma universalidade³⁶ jurídica de bens. E assim se entende porque com o desaparecimento de um elemento essencial à existência e funcionamento das relações, estas – ao permanecerem – sempre seriam *coxas* ou *mancas*³⁷; muito embora se mantenham, independentemente da existência pessoal. E, essa manutenção encontra-se umbilicalmente ligada ao conjunto de sucessíveis, enquanto tal; e é protegida pela ordem jurídica, que os dota

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ CARVALHO FERNANDES, *idem.*

³⁶ CAPELO DE SOUSA, *idem* página 10, considera preferível olhar o estado de vinculação como sendo relativo a uma universalidade do que relativo aos certos e determinados bens que corresponderão ao objeto dos direitos que a compõem.

³⁷ Assim, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *in Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, volume VI, página 68.

de poderes de salvaguarda e proteção daquele património. O mesmo é dizer, como Manuel de Andrade³⁸ que [o] *possível objeto de certo direito, em vez de estar livre, encontra-se vinculado, como que em expectativa adequadamente tutelada, reservado para o mesmo direito, se vier a surgir com o respetivo titular.*

Não obstante, parece preferível entender a herança como universalidade, isto é, como um conjunto de direitos e obrigações, unificadas por força da lei, que os trata como se só a uma coisa reportassem, nomeadamente no que tange à sua disposição ou alienação, que se bastará por um ato; ao invés de um conjunto de vários bens e direitos. Assim porque para além de a lei falar sempre em *herança*, sem mais concretizações, também a aceitação ou repúdio se lhe reportam enquanto um todo, até porque antes da partilha, nenhum dos sucessíveis é titular de relações jurídicas determinadas

Por seu turno, Carvalho Fernandes³⁹ critica esta tese por lhe reconhecer dificuldades na definição de estado de vinculação e da sua diferenciação face aos direitos subjetivos; mas a sua principal crítica reside na ideia de que esta tese se mostra desfasada da realidade sucessória, por considerar que com a abertura da sucessão se extinguiriam direitos que renasceriam, tal e qual, com a aceitação⁴⁰.

É certo que os conceitos de poder e dever sempre implicarão a existência de um sujeito, a quem incumbirão estas atribuições, critério essencial para a existência de uma relação jurídica. Ora, se nestes casos o sujeito não está, ainda, determinado, não poderá falar-se em verdadeiros direitos subjetivos, pelo que nos parece de seguir a tese dos estados de vinculação de bens - ainda que com a *nuance* de se tratar de uma universalidade de direitos (cujos efeitos trataremos *infra*) – juridicamente tutelados e protegidos.⁴¹

³⁸ *In Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4ª reimpressão, Almedina, página 35.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Remetemo-nos para o que *supra* dissemos sobre o desfasamento que há entre a realidade jurídica e fáctica, no que a questões de jacência respeita.

⁴¹ Assim e neste sentido MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, página 198.

3. UNIVERSALIDADES

3.1. UNIVERSALIDADE DE FACTO

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que a lei civil portuguesa contempla, no artigo 206º do Código Civil, uma noção de universalidade de facto, sinónima da de coisa composta, e que passa por um conjunto de coisas, que apesar de poderem ter relações jurídicas próprias, pertencem à mesma pessoa e são unitariamente consideradas para a maioria dos efeitos legais, como sucede com os rebanhos, os enxames ou os espólios bibliográficos.⁴²

Todavia, não é enquanto universalidade de facto que consideramos uma herança. Por um lado, porque a lei cinge-a às hipóteses em que o conjunto é formado por bens móveis; e por outro, porque é sabido que do conteúdo de uma herança podem constar valores não traduzíveis em realidades palpáveis, como acontece nos casos de participações sociais, créditos, ou direitos reais de gozo. Mas, principalmente, porque esta é composta exclusivamente por direitos.

Não restam, portanto, dúvidas, que a herança jacente deve ser tida como uma universalidade de direito. E assim sucede porque a mera referência a um complexo de coisas poderia excluir importantes valores do seu acervo; mas, principalmente, porque se entende que a herança não é constituída por bens, mas, antes, por situações jurídicas, que, claro está, a eles reportarão e, sobre eles, se estabelecem. Mas, mesmo que assim não fosse, a possível diversidade entre os bens componentes e a relação estritamente jurídica que se estabelece entre eles seriam bastantes para excluir a herança desta categorização.

3.2. UNIVERSALIDADE DE DIREITO

As universalidades de direito surgem intimamente ligadas à ideia de património, cuja utilidade reside em *justificar que um conjunto de situações jurídicas seja globalmente sujeito a uma vicissitude*⁴³, esteja, ela, relacionada com o exercício do direito de suceder, ou com a

⁴² Apesar de comumente assim serem designadas, tal não significa que o direito não as reconheça como objetos autónomos, o que em última instância significa que, de certo modo, são, também universalidades de direito.

⁴³ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, in *Direito Civil: Teoria Geral*, Coimbra Editora, volume III *Relações e situações jurídicas*, página 129.

possibilidade da alienação una; sem que isso implique a sua configuração como uma coisa⁴⁴. E assim sucede por se entendê-la constituída por realidades a que correspondem *direito de propriedade, direitos reais menores, direitos de crédito*⁴⁵.

Oliveira Ascensão⁴⁶, por seu turno, defende que estas características não bastam para a subsunção nesta categoria jurídica, por entender que a possibilidade de unificação pode não estar relacionada com a unificação do objeto; até porque esta lhe parece algo forçada, na medida em que não há funcionalidade, nem tem por base um direito uno sobre uma universalidade de facto; o que faz com que a herança não deva ser submetida ao regime das universalidades de direito.

Não podemos adotar outra postura que não uma dissidente. Isto porque, a herança, enquanto património⁴⁷, é mais do que a soma do conjunto de direitos e obrigações que o *de cujus* encabeçara: trata-se de um agregado orgânico, uma entidade abstrata, *com entidade distinta da daqueles direitos e obrigações*⁴⁸, pelo que constitui objeto de relações jurídicas próprias, como serão a aceitação ou o repúdio, mas também o cabecelato ou a petição de herança que, como bem se vê, se distinguem das relações que sobre cada um dos elementos que a integram.

Já se disse que a herança não era composta por coisas mas, sim, por relações jurídicas, que constituem os elementos da universalidade. Ora, ensina Galvão Teles que as universalidades são conjuntos de elementos de caráter patrimonial e com autonomia jurídica, isto é, a possibilidade de funcionar em si e por si como objeto de atos jurídicos⁴⁹.

Mas, esta autonomia não significa que a subversão da unidade que a soma daqueles elementos constitui: pois mesmo que o todo seja superior à soma das partes, não podemos negar que estas existem, *per se*. É bom de ver que de uma herança podem constar direitos de propriedade sobre *x*, *y* ou *z*, que serão *as partes*; mas isso não quer dizer que *o todo* que a herança constitui se resuma à *soma* daqueles mesmos direitos. Devendo, antes, ser visto como um agrupamento em volta de determinada circunstância.

⁴⁴ Confronte-se, neste sentido, CARVALHO FERNANDES, *in Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Lex, volume I, página 597.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ MANUEL DE ANDRADE, *in idem*, é perentório a afirmar que o património só poderá ser considerado universalidade de direitos para efeitos hereditários.

⁴⁸ *Vide, ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, páginas 22 e 33.

4. COMUNHÃO HEREDITÁRIA

Uma das características das universalidades é serem encabeçadas pelo mesmo sujeito; ora, nada impede que a sua titularidade pertença a um conjunto de pessoas: os sucessíveis. Desta feita e apesar de a universalidade de direitos não poder incidir sobre um qualquer direito real, nomeadamente a compropriedade, nada obsta a que a universalidade seja objeto de uma situação em que ocorra uma comunhão.

Isto porque o direito de cada um dos herdeiros não incide sobre cada um dos direitos que compõem a massa hereditária, mas, ao invés, incide sobre esta globalmente considerada.⁵⁰

Como vale o brocado latino *invito beneficium non datur*, que mais não é do que a expressão da necessidade de aceitação para que a transferência de propriedade - ou melhor dizendo, da titularidade das relações jurídicas pertencentes ao *de cuius* - se transmita aos seus herdeiros, não há qualquer direito destes sobre os bens que a compõem e por isso nenhuma justaposição dos vários titulares.

No entanto, é um facto que numa grande maioria dos casos, há mais do que uma pessoa que concorre à sucessão. E, nestes casos, a que se dá o nome de comunhão hereditária ou sucessória - que assim permanecerá até que seja feita a partilha (através da qual se determinam em qual dos patrimónios individuais passarão, os elementos da herança, a estar integrados) -, os herdeiros são apenas titulares de um direito sobre o conjunto da herança, pelo que têm um direito indivisível, que recai sobre uma parte ideal da herança considerada em si mesma⁵¹.

4.1. COMUNHÃO DE MÃO COMUM

A comunhão de mão comum é uma figura com origem no antigo direito germânico, que se relaciona com a propriedade familiar, em que cada membro deteria um direito

⁵⁰ Neste sentido SANTOS JUSTO, in *Direitos Reais*, 4ª edição, página 308.

⁵¹ Assim, LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Ações especiais de divisão de coisa comum e de prestação de contas*, Coimbra Editora, página 15.

*permanente e indivisível*⁵² sobre o património. Deste modo, a propriedade tinha um carácter íntegro e imutável, independentemente do nascimento ou morte dos membros da família e, conseqüentemente, da sua entrada ou saída da comunhão familiar, uma vez que esta nem idealmente se mostrava divisível; o que leva autores como Otto von Gierke a perspetivá-la como um verdadeiro direito de grupo.

Não poucas vezes a sociedade civil ou a comunhão conjugal são integradas neste instituto, mas no que toca à herança jacente as dúvidas são mais frequentes e nem sempre facilmente resolvidas.

Assim, esta qualificação não pode acontecer de ânimo leve: por um lado, porque não há qualquer conexão entre os herdeiros que não o falecimento do *de cuius*, contrariamente ao que acontece na sociedade civil ou na comunhão conjugal; e por outro lado, porque esta conexão pessoal se deve a questões patrimoniais, e não o inverso⁵³. Assim, neste caso, a comunhão hereditária não surge por vontade das partes neste sentido, como nos restantes casos, mas por imperativo legal; regime, esse, que não é possível ser alterado⁵⁴. Outro fator distintivo dos restantes casos de comunhão prende-se com o carácter temporário desta.

Como ensina Manuel Rodrigues⁵⁵ a comunhão germânica caracteriza-se pela sua unidade nas relações externas *sem que essa unidade seja realizada pela personificação*, muito embora haja espaço para uma atividade própria e isolada dos mancomuneiros, sempre na prossecução de um determinado fim. Precisamente por isso, nenhum dos sujeitos envolvidos poderia dispor da sua quota ou pugnar pela divisão da coisa até que se realizasse o objetivo primaz; o que não se verifica no caso da pendência da sucessão, na medida em que não se lhe pode apontar a prossecução de qualquer fim nem negar aquelas possibilidades aos sucessíveis.

Por isto, este regime distingue-se do da generalidade de situações de comunhão (que passam, essencialmente, pelo património comum dos cônjuges e das sociedades civis não personalizadas), sem que, contudo, se possa afastar desta categoria.

⁵² Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Reais*, 4ª edição refundida, página 168.

⁵³ Confronte-se., ELSA VAZ SEQUEIRA, *Da contitularidade de direitos no direito civil – contributo para a sua análise morfológica*, Universidade Católica Editora, página 235. Diz a Autora, a páginas 237, que apesar destas vicissitudes e diferenças de regime, não pode excluir-se esta situação da comunhão, porque se encontra alicerçada sobre um património, e não sobre um único direito ou objecto.

⁵⁴ Mas, e tão-só, repudiado.

⁵⁵ Vide, *A compropriedade no direito civil português*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* número 2275, ano 58º.

A ausência de vínculo pessoal entre os sucessíveis faz com que o lugar que ocupam se encontre livremente disponível, visto que lhes é lícito dispor da sua quota, rejeitando-a. Também a extinção da comunhão é fácil e acessível, permitindo-se – nos termos do artigo 2101º do Código Civil – a qualquer co-herdeiro exigir a partilha, com a qual findará a comunhão, a todo o tempo.

Por outro lado, o facto de a partilha não ser feita bem a bem, ou direito a direito, mas sim como um todo mostra bem que a herança não se cinge a uma amálgama de situações jurídicas⁵⁶: é uma pluralidade agregada, que não se confunde, contudo, com uma pluralidade disciplinada por um regime unitário.

Pode, por fim, dizer-se que apesar do indiscutível tratamento unitário que a ordem jurídica reconhece à herança, esta não pode ser vista sem ser como um conjunto dos elementos que a constituem; uma vez que para que se pudesse entender de outra forma mostrava-se necessário que existisse, pelo menos, um direito substancial sobre a herança⁵⁷; sem prescindir que a utilidade que o todo serve haveria de ser diferente da de cada um dos seus elementos o que, também, parece não acontecer.

Deste modo, o tratamento global coletivo, que já referimos, coexiste perfeitamente com um tratamento individual destinado a cada um dos elementos que compõem a universalidade que a herança é. O mesmo é dizer que a contitularidade não incide sobre o acervo hereditário globalmente considerado, mas, antes, sobre cada um dos elementos que o compõem. Sendo certo que não há tantas contitularidades quanto os elementos do património; mas apenas uma, relativa à sua totalidade, muito embora e relativamente a cada um dos direitos se verifique aquela situação⁵⁸. Estas afirmações não põem em causa a qualificação da herança jacente como universalidade de direito, na medida em que, enquanto património autónomo e para alguns efeitos legais, deve, a herança jacente, ser tomada como um todo. No entanto, também dissemos que o facto de se poder considerá-la de forma unitária não retirava nenhuma autonomia a cada um dos elementos que a constitui, até porque apontámos essa, mesma, autonomia como uma característica acessória.

⁵⁶ Por outro lado, também não seria possível o recurso à ação de divisão de coisa comum porque, como o nome indica, esta se reporta à divisão de um único bem, alvo de um direito real de propriedade; ao passo que aquando da partilha, o que está em causa, é a divisão de um património.

⁵⁷ Até porque, como ensina ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *idem* página 436, para que possa falar-se, com verdade, de objeto jurídico é necessário que este possa ser *alvo de um direito ou de uma obrigação*.

⁵⁸ Mais uma vez, *vide*, ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *idem*, página 437.

Assim, no que toca, então, ao exercício de direitos, a regra é a da comparticipação necessária de todos os herdeiros; ainda que a lei permita o seu exercício isolado, para situações que impliquem urgência de ação e ou que sejam atinentes à manutenção da integridade do património. Já no que toca a atos de administração extraordinária ou de disposição é necessário o consenso de todos os contitulares⁵⁹.

Assim sendo, ainda que tenhamos constatado as especificidades deste regime face ao regime geral das comunhões, não podemos excluí-lo desta categoria jurídica. Posto isto, e nos termos do artigo 1404º do Código Civil, aplicar-se-lhe-ão – em tudo quanto não seja contrário à sua natureza -, as regras da compropriedade⁶⁰, pelo menos quanto a algumas questões, sem que por isso se confundam os regimes⁶¹.

4.2.DISTINÇÃO NORMATIVA E PRÁTICA DA COMPROPRIEDADE

Em primeiro lugar importa reforçar que a comunhão de direitos acontece sempre que um determinado direito de carácter patrimonial se encontra afeto a uma pluralidade de pessoas. Deste modo, sempre será considerada uma figura com maior amplitude que a compropriedade na medida em que apesar de esta corresponder a uma situação de comunhão, nem sempre a comunhão implica um direito de propriedade a partilhar.

Já se disse que entendemos a herança jacente como um estado de vinculação de uma universalidade a um conjunto de potenciais titulares, sem que estes detenham, verdadeiramente, qualquer direito sobre aquele património autónomo. Por outro lado, também o facto de os elementos constitutivos da herança serem direitos, de vária ordem e teor, exclui que sobre ela possa incidir qualquer direito real, mormente o de propriedade, que mais não significa que a impossibilidade da compropriedade nestes casos.

Um ponto comum prende-se com a vocação temporária por que ambas as figuras se pautam. Da compropriedade denota-se esta vocação ao colocar à disposição dos vários intervenientes instrumentos que permitem extingui-la rapidamente; ao passo que a herança

⁵⁹ Para mais desenvolvimentos, *vide* o que escrevemos *infra*.

⁶⁰ Também assim, ABÍLIO NETO, *in idem*, página 1284, pelo menos em questões relacionadas com o arrendamento.

⁶¹ *Vide*, neste sentido, VAZ SERRA – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1971, relatado por Eduardo Arala Chaves, *in Revista de Legislação e Jurisprudência* n° 3478 e 3479, ano 105°.

indivisa é perpassada por uma necessidade de resolver o impasse, que – como se analisou – não convém a ninguém.

A primeira diferença entre ambas as categorias prende-se com o facto de na comunhão o direito dos contitulares incidir sobre a totalidade do património, globalmente considerado, e não sobre cada um dos elementos que o constituem, como sucede na compropriedade. E bem se entende que assim seja, porque ao passo que até à partilha a herança sempre será vista como uma universalidade de direitos, pelo que para a maioria dos efeitos legais será tida como realidade una, ao passo que o direito real de propriedade subjacente àquela outra figura terá, sempre, que incidir sobre uma coisa individual e determinada que é o mesmo que dizer sobre cada um dos elementos do património em causa.

Diferentemente do que sucede com outras figuras de sobreposição de direitos reais, nomeadamente a compropriedade, a comunhão caracteriza-se pelo facto de as posições dos vários sujeitos que nela intervêm serem qualitativamente iguais. Ora, tal não significa que em termos quantitativos assim aconteça. Assim é, no caso em apreço, até por determinação da lei, quando nos artigos 2139º e seguintes do Código Civil se estabelecem as quotas, percentualmente diferentes, que pertencerão a cada um dos herdeiros, o que importará para a distribuição dos frutos mas, principalmente, aquando da divisão da coisa com a partilha⁶².

Em suma, a comunhão hereditária, enquanto universalidade jurídica, não se confunde com a compropriedade, assim porque os herdeiros não são simultaneamente titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa, visto que da aceitação da herança só decorre para os herdeiros, um direito a uma quota hereditária, cuja composição só será conhecida aquando da partilha. Deste jeito, pode, até, suceder que só um dos herdeiros venha a obter o direito hereditário, vendo-se por isso obrigado a compensar os demais com tornas.

Até porque, a compropriedade mais não é que um conjunto de direitos que coexistem simultaneamente sobre uma mesma coisa, em nada se confundindo com a quota de um contitular, enquanto realidade imaterial ou ideal. Há, portanto, na compropriedade uma série de direitos de propriedade sobrepostos e qualitativamente iguais, sobre a totalidade da coisa⁶³; que não se verifica no caso da herança, até que ocorra a sua partilha.

⁶² Veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, in *Direito Civil: Reais*, 5ª edição página 266.

⁶³ Assim, L. CARVALHO FERNANDES, in *Lições de Direitos Reais*, 3ª edição revista e atualizada, página 336.

Claro está que apesar da diferença concetual e normativa de regimes se podem estabelecer algumas comparações entre o da herança jacente como comunhão e o da compropriedade.

Assim, mesmo não podendo falar-se no direito à divisão da coisa comum de que os comproprietários gozam, aos herdeiros assiste a possibilidade de, a qualquer momento, solicitar partilhas que, em boa verdade, conduzirá ao mesmo resultado prático, na medida em que cessará a contitularidade, passando, os elementos da herança, a pertencer a cada um dos sucessíveis. O mesmo se passa com o que tange ao uso e administração da coisa comum ou do património hereditário.

Convém, no entanto, não esquecer que a similitude de efeitos práticos não basta para a confusão de regimes. Até porque, como também se analisou, aquelas semelhanças se devem a construções, mas também a normas legais distintas. Daí que só se possa inferir o carácter híbrido da natureza jurídica da herança, ao estabelecer pontos de contacto entre ambos os institutos, como, aliás, se procurou explanar.

QUOTA

Bastantes têm sido as considerações que temos vindo a tecer sobre o facto de cada um dos herdeiros não dispor de qualquer direito sobre os elementos que constituem a herança, individualmente determinados; mas, deter, antes, o direito a uma quota sobre a totalidade daqueles elementos globalmente considerados.

Impõe-se, por isso, a explanação deste conceito. Como origem em igual étimo latino, a quota mais não é que uma parte ou quinhão na divisão de um todo. Ou seja, trata-se do vocábulo de que o legislador se serviu para designar *a parte alíquota, ou melhor, fração aritmética ainda que não seja parte alíquota (...) no sentido, portanto, de uma quota ideal ou abstrata do todo*⁶⁴. Tal não significa nada mais que a percentagem ou fração de que um herdeiro passará a dispor após a aceitação da sucessão, por determinação legal.

⁶⁴ Vide, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões: lições ao curso de 1973/74, actualizadas em face de legislação posterior*, policopiado, Coimbra, página 45.

5. ADMINISTRAÇÃO

Atendendo a que, até à aceitação, a herança jacente não é titulada por nenhum sujeito determinado, levantam-se algumas questões acerca da sua administração, nomeadamente no que respeita à responsabilidade e possibilidade de o fazer.

Isto porque, enquanto a situação não é resolvida e cada um dos direitos atribuído a um herdeiro, há um forte risco daqueles se deteriorarem: seja porque os bens que constituem o seu objeto possam vir a sofrer danos fruto do decurso do tempo e conseqüente inatividade, seja por não haver quem esteja incumbido da sua administração.

Claro está que o património do *de cuius* não pode ficar abandonado durante um período indefinido de tempo, principalmente quando há tantos sujeitos a quem interessa, precisamente, o oposto: aos sucessíveis interessa assegurar a conservação dos bens em causa, mais não seja por questões egoísticas (e bem assim os sucessíveis subsequentes⁶⁵, voluntários ou legais) e aos credores importa, também, assegurar a conservação, pois só assim verão o seu crédito satisfeito. A somar a estes, Carvalho Fernandes⁶⁶ aponta o interesse geral, relacionado com questões de ordem económica, celeridade, certeza e segurança jurídicas, bem como a prevenção de litígios, mas reforça que este interesse não se destaca especialmente dos demais, de ordem privada.

Constata-se, então, da extrema necessidade de zelar pela proteção da herança jacente.

Ora, o artigo 2047º do Código Civil dispõe que apesar de não poder falar-se em titularidade – situação que se manterá até à aceitação – qualquer um dos sucessíveis, independentemente de aceitação ou repúdio, pode zelar pela administração do património indiviso. Sucede, contudo, que atendendo à complexidade da noção de *administração* não é fácil deslindar o que poderá, ou não, fazer o herdeiro: a doutrina tende a encaminhar-se no sentido de o legislador só lhe ter conferido poderes para atos de administração ordinária, isto é aqueles que pelo seu teor e custo não alterem significativamente o valor das coisas; rejeitando, então, atos de administração extraordinários e, unanimemente, atos de disposição⁶⁷.

⁶⁵ Ou seja, os sujeitos que serão chamados caso os *primeiros* optem por repudiar a sucessão ou vejam o seu direito de a aceitar caducado.

⁶⁶ *In Lições de Direito das Sucessões*, 4ª edição revista e atualizada, Almedina, páginas 254 e 255.

⁶⁷ Disposição que, claro está, incida sobre a totalidade do património, visto que nada obsta à disposição da quota a que o sucessível terá direito; inspirados que fomos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1971, relatado por Eduardo Arala Chaves, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, nº3478, ano

A somar a esta restrição, a lei estabelece que aquele poder se cinge a situações que impliquem a prática de atos urgentes de administração. Urgência, essa, que deve ser analisada casuisticamente, mas que sempre corresponderá aos casos em que do retardamento da toma da de posição *possam resultar danos*⁶⁸.

Se a jacência se reportar a um único sujeito, a sua atuação não levanta qualquer dúvida, visto esta que poderá ser feita a seu bel-prazer, como é bom de ver. Mas, se ao invés, concorrer à sucessão um número plural de sujeitos a questão será diferente: assim, apesar de qualquer um poder proceder a atos administração, verá, sempre, a sua atuação balizada pela inércia ou concordância dos demais; o mesmo é dizer que caso haja vários sucessíveis, sempre que um deles pretender proceder a atos de administração da herança jacente, terá o seu campo de ação restringido à vontade da maioria dos herdeiros, sempre que entre eles se contem opiniões diferentes⁶⁹. O legislador procurou, pois, oferecer uma solução expedita e eficaz, mas igualitária, uma vez que nenhum dos sujeitos em questão é titular qualquer relação jurídica.

Um destes atos de administração será, no entender de autores como Capelo de Sousa⁷⁰, a possibilidade de intentar providências possessórias, nos termos dos artigos 377º e seguintes do Código do Processo Civil, por reconhecer o caráter excepcional destes casos. Solução idêntica é a prevista no artigo 1037º/2 do Código Civil, que permite que, também, o locatário lance mão de meios de defesa possessória. Dada a similitude de circunstâncias – na medida em que em ambos os casos não há um verdadeiro possuidor -, é aqui que reside a fundamentação daquela ideia.

Só dizer que, e na linha do prescrito no artigo 2047º/2 e 3 do Código Civil, o exercício destes poderes sê-lo-á por direito próprio de cada um dos herdeiros, que não ficam condicionados ou impedidos de o fazer mesmo nos casos em que tenha sido nomeado curador ou se tenha estabelecido o cabecelato⁷¹.

105º. Esta tese é confirmada por VAZ SERRA, numa anotação a este Acórdão, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3784, ano 105º.

⁶⁸ Assim, CARVALHO FERNANDES, *idem*.

⁶⁹ Também assim estabelecem os artigos 985º/3 e 1407º do Código Civil, relativos a administração de coisas comuns.

⁷⁰ *In Lições de Direito das Sucessões*, 3ª edição renovada, Almedina, II volume, página 7.

⁷¹ Assim, CAPELO DE SOUSA, *idem*.

III. A USUCAPIÃO – CONSIDERAÇÕES GERAIS

1. ENQUADRAMENTO

1.1. HISTÓRICO

Como, já, anteriormente se procurou explicar, a génese deste instituto encontra-se perdida algures num tempo longínquo: apesar de se saber existente no direito romano, não há certezas sobre a existência de figuras análogas em outros ordenamentos jurídicos que tenham inspirados os latinos. Por tal, e não olvidando a riqueza do direito privado romano e, bem assim, da influência que daí advém para o direito português atual – mas também o constante das Ordenações e do Código do Marquês de Seabra -, dedicar-nos-emos, tão-só à exposição da *usucapio* sem que deixemos de abordar, então, as várias facetas da sua presença no ordenamento jurídico português.

Feita esta prévia ressalva há a dizer que antes mesmo da organização imperial, usucapir era uma possibilidade exclusiva dos cidadãos romanos que possuíssem coisa alheia, com justa causa e boa fé, durante um período de tempo legalmente determinado, que era, durante a vigência da Lei das XII Tábuas⁷², de dois anos para os *fundi* e de um ano para *ceterae res*. Sucedia, ainda, que não tinha lugar quanto a coisas insuscetíveis de propriedade privada, como as *res extra commercium* e, mais tarde, os *fundi* das províncias.

Na Época Clássica, foram impostos dois requisitos, para possibilitar esta forma de aquisição.

Por um lado, exigia-se a *iusta causa possidendi* ou o *titulus usucapionis*, que mais não era do que uma relação negocial ou administrativa que legitimava a posse, afastando assim eventuais lesões do anterior possuidor⁷³; e, por outro lado, a *bona fides* aferida

⁷² Que remonta a 450 a.C..

⁷³ Vide, SANTOS JUSTO, in *Breviário de Direito Romano*, 1ª edição, páginas 294 e 295. Mais acrescenta, o Autor, que a lesão do anterior possuidor era, ainda, evitada com a impossibilidade de usucapir tendo como base uma posse violenta, clandestina ou precária.

aquando do momento em que a posse tivesse início⁷⁴ e entendida enquanto estado subjetivo do adquirente, que assim procederia se na convicção de não lesar direito alheio.⁷⁵

Contudo, este regime mostrava-se pouco satisfatório não só porque os prazos - estipulados pela Lei das XII Tábuas que continuavam a vigorar - eram manifestamente reduzidos, mas também porque todos os prédios excluídos do *ius italicum* ficavam de fora da usucapião. Deste modo, com os imperadores Septímio Severo e Caracala⁷⁶, foi criado o instituto da *praescriptio longi temporis*, que mais do que uma forma de aquisição se assumia como uma penalização aos proprietários que não exercessem os seus direitos durante dez ou vinte anos⁷⁷. Ou seja, apesar de o possuidor não adquirir, sem mais, a propriedade, podia servir-se de uma *exceptio*, para paralisar eventual ação de reivindicação a que o primeiro proprietário lançasse mão; se bem que, com o imperador Gordiano, em 238, passou a ser necessária a reunião dos pressupostos gerais para usucapir⁷⁸.

Em 365, com uma *constitutio* de Constantino, foi facultada ao possuidor a possibilidade de contestar, *por exceptio*, ação de reivindicação ainda que não dispusesse de título nem se encontrasse de boa fé, desde que possuísse há, pelo menos, quarenta anos.

Estava, assim, criada a *longissimi temporis praescriptio*, ou usucapião extraordinária⁷⁹.

Teodósio II renovou esta figura, em 424, e estipulou necessário o decurso de trinta anos para a invocação da *praescriptio*, que passaria a cumular uma função extintiva e uma função aquisitiva.

Já Justiniano retomou os quarenta anos ainda que só para as coisas imóveis do fisco, da família imperial, da Igreja, de *piae causae* e coisas litigiosas; deixando de fora as *res extra commercium* e todas as coisas possuídas com violência.

⁷⁴ Pelo que a má fé superveniente se mostrava irrelevante.

⁷⁵ Como *supra* dissemos, a *usucapio pro herede* contornava este regime, uma vez que dispensava a verificação destes requisitos.

⁷⁶ Cujos reinados se prolongaram entre 193 a 211 e 211 a 218, respetivamente.

⁷⁷ Caso residissem, ou não, na mesma cidade do novo possuidor; ou mais tarde, com o imperador Justiniano, caso residissem, ou não, na mesma província.

⁷⁸ Posteriormente, com Justiniano, ao possuidor foi conferida a hipótese de, volvido o período temporal necessário, se servir de uma *actio* para recuperar a coisa eventualmente perdida.

⁷⁹ Que, na perspetiva de MENEZES CORDEIRO (*in Dirieitos Reais*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, volume II, página 672), foi inspirada em figura análoga a uma do antigo direito grego.

Apesar da queda do império romano, é sabido que muitas das suas disposições normativas se perpetuaram no tempo.

Assim, em Portugal, durante a vigência das Ordenações Afonsinas (1446), na falta de direito nacional, as soluções para a questão controvertida em apreço – independentemente do seu teor - eram procuradas nos direitos romano e canónico; sendo certo que o direito canónico prevaleceria sobre as leis imperiais sempre que da sua aplicação decorresse conduta pecaminosa; razão pela qual *o possuidor de maa fe nom pode prescrepver por nehnü tempo*⁸⁰, porque *exemplo de pecado*⁸¹.

Deste modo, só se admitia a usucapião se o possuidor estivesse de boa fé, durante todo o período da posse⁸², e por isso diferente do direito romano que exigia a verificação da boa fé, apenas, aquando do início da posse.

O Código de Seabra, por sua vez, afastou-se desta orientação e consagrou - no seu artigo 529º - a usucapião trintenária, ainda que o possuidor estivesse de má fé e o fizesse sem título; ou nas palavras de Santos Justo⁸³ consagrou *a velha orientação romana, importada do Código de Napoleão (2262º)*.

1.2. NORMATIVO

Face ao exposto, podemos, hoje, afirmar que o instituto previsto no Capítulo VI do Título I (*Da Posse*) do Livro III (*Direito das Coisas*) do Código Civil, que assim corresponde aos seus artigos 1287º e seguintes, em muito se assemelha à antiquíssima *usucapio* latina, onde, também, Pinto Coelho bebeu inspiração para o seu *Anteprojecto*.

Em primeiro lugar, basta atender à terminologia empegue: *usucapião* é um termo de origem romana. Apesar de, também, o étimo da *prescrição aquisitiva* residir no mesmo espaço, a opção do legislador não foi inocente, visto que para além das maiores semelhanças linguísticas com os clássicos, a escolha evita *uma analogia demasiado próxima com o*

⁸⁰ Confiram-se as Ordenações Afonsinas, II, 9,1, na linha do disposto no cânone 1512 do Código do Direito Canónico.

⁸¹ Neste sentido, SANTOS JUSTO, *in A usucapião in* Revista Brasileira de Direito Comparado nº 24, página 76.

⁸² Veja-se, assim, o disposto nas Ordenações Afonsinas (II, 8, 1); Manuelinas (II, 5 pr) e Filipinas (III, 64 pr).

⁸³ *In Direitos Reais*, 4ª edição, página 190.

*instituto da prescrição extintiva*⁸⁴. Apesar da opção, ensinam os mestres Pires de Lima e Antunes Varela⁸⁵ que as expressões são sinónimas, porquanto independentemente da fórmula empregue sempre se fará referência a uma forma de aquisição originária de direitos reais mediante a *transformação em jurídica de uma situação de facto, de uma mera aparência, em benefício daquele que exerce a gestão económica da coisa*, como *infra* procuraremos explicar.

Apesar de hoje os prazos se situarem muito além dos previstos na Lei das XII Tábuas e bem aquém das disposições emanadas por Constantino e Teodósio II, as semelhanças são inegáveis. Assim, notas como a presunção de boa fé nos casos de posse titulada, a admissão da sucessão e acessão na posse ou a necessidade de decurso de um período de tempo mais dilatado nos casos de posse sem registo de título ou com má fé mais não são que fiéis reproduções de normas romanas.

Outro sinal que assim evidencia prende-se com a assumida aproximação ao *Code Civil* napoleónico (de 1804), também ele de inspiração romanística.

2. FORMA DE AQUISIÇÃO

2.1. ORIGINÁRIA

Já se percebeu, portanto, que a usucapião é uma forma de aquisição de direitos reais de gozo, como, aliás, estabelece o artigo 1287º do Código Civil, desde que para tanto se preencham os requisitos essenciais aí fixados: a posse, com determinadas características, durante um determinado lapso temporal e respetiva invocação⁸⁶.

Não há, portanto, dúvidas de que a usucapião *é uma forma de constituição de direitos reais e não uma forma de transmissão*⁸⁷; pelo que se distingue das formas derivadas de

⁸⁴ Assim, DIAS MARQUES, in *A Prescrição Aquisitiva*, apud PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, volume III, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, volume III, página 64.

⁸⁵ *Opere citato*.

⁸⁶ Confira-se FRANÇA PITÃO e BORGES PINTO in *Direito das Coisas, da Ordenação Dominial*, reedição, Coimbra, 1976, página 98 apud FRANÇA PITÃO (2007), *Posse e Usucapião*, Almedina, página 211.

⁸⁷ Vide, MENEZES CORDEIRO, in *Direitos Reais*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, II volume, página 684.

aquisição de direitos. Isto porque há essencialmente duas formas de aquisição de direitos reais: originárias e derivadas.

Enquanto a aquisição derivada se caracteriza pela transferência de um direito de um sujeito para um outro; esta forma de aquisição originária, assim como as demais, dispensa a intervenção desse primeiro sujeito porquanto decorre de uma relação estabelecida entre o sujeito-adquirente e a coisa em questão, reportando-se ao momento do início da posse, nos termos do artigo 1288º do Código Civil.

Dessa relação há de, então, resultar, um direito *ex novo*, que *se funda apenas na posse e não em qualquer direito anterior na titularidade de outrem*⁸⁸; e que implica a extinção, por incompatibilidade, de direitos prévios.

Nesta sequência há doutrina que entende que se antes mesmo da aquisição o possuidor reconhecer ou aceitar a existência de direitos reais menos abrangentes do que aquele à imagem do qual possui, com a invocação da usucapião todos estes se extinguirão, para dar lugar a outros – de igual conteúdo – em momento imediatamente a seguir (e coincidente com o da invocação)⁸⁹.

Por outro lado, Carvalho Fernandes⁹⁰ afirma que *não é necessariamente assim: tudo [dependendo] do conteúdo da posse exercida*, e aponta, então, como uma exceção o caso previsto no artigo 1574º do Código Civil, relativo à *usucapio libertatis*.

Menezes Cordeiro⁹¹, por sua vez, apesar de entender que o carácter constitutivo não é posto em causa, não excluiu que um direito possa ser usucapido mantendo-se onerado por direito de menor dimensão já existente; pelo que o direito em questão sempre se constituirá com a oneração em causa.

Entendemos, tal como Menezes Cordeiro, que não há qualquer obstáculo lógico a que onerações anteriores à posse se mantenham mesmo após a invocação da usucapião; até porque tal não põe em causa a extinção por incompatibilidade do direito prévio.

⁸⁸ Assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01 de julho de 1999, relatado por Peixe Pelica no âmbito do processo 99B445, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b05ff12b3bac78c180256a31004c42f7?OpenDocument>.

⁸⁹ Confira-se, neste sentido, JOSÉ ALBERTO GONZALÉZ, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 3ª edição revista e aumentada, Quid Juris, página 157.

⁹⁰ *In Lições de Direitos Reais*, Quid Juris, página 207.

⁹¹ *In opere citato*, página 684.

Deste modo, o conteúdo do direito a adquirir será igual ao teor da posse exercida até ao momento da invocação da usucapião, fazendo, assim, jus ao brocado *quantum possessum tantum praescriptum*⁹²; não lhe sendo oponíveis vícios do anterior direito, uma vez que esse se extinguiu.

Por outro lado – e visto não ser uma forma de transmissão – o registo da sua aquisição tem, somente, uma função enunciativa. Desta forma, mesmo não havendo registo, o direito do adquirente é oponível a terceiros, nos termos dos números 1 e 2/a) do artigo 5º do Código do Registo Predial.

Tudo quanto aqui se disse não constitui uma questão hodierna, mas que, pelo menos, remonta ao já aqui tantas vezes referido direito romano. Ainda que sem consenso, também a romanística tende, na sua maioria, a encaminhar-se no sentido de considerar a usucapião uma forma de aquisição originária visto que o *direito do usucapiante não se adquire por causa, mas apesar do direito do anterior proprietário*⁹³.

2.2. GENÉRICA

Por outro lado, podem apontar-se outros dois grandes modos de constituição de direitos reais⁹⁴: genéricas ou específicas.

Ora, entre os factos com eficácia translativa ou constitutiva genérica podem apontar-se todos aqueles a que a lei atribui eficácia para a generalidade dos direitos reais, assim como aqueles que, embora não previstos para a totalidade, mas tão-só para casos concretos, são extensíveis à grande maioria ou a determinada classe. O mesmo é dizer que *de um modo geral, são aptos à constituição ou transmissão de qualquer espécie de direito real*.⁹⁵

Ao passo que as formas de aquisição especiais são previstas apenas para determinados direitos reais, atendendo à sua razão de ser ou à existência de previsão legal.

⁹² Claro está que esta afirmação só se mostra inteiramente válida para os casos em que se usucapa sem título. Se este existir, é necessário que tenha ocorrido inversão para que o brocado tenha lugar, uma vez que se assim não acontecer, o conteúdo do direito real, e antes dele da posse, sempre será balizado e influenciado pelo teor do título.

⁹³ Assim, SANTOS JUSTO, in *Breviário de Direito Romano*, 1ª edição, página 293.

⁹⁴ Independentemente de constituição originária ou derivada.

⁹⁵ Vide, neste sentido, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *opere citato* página 138.

Impõe-se, antes de mais, lembrar que a lei nunca deixa de ser a fonte de todos os direitos reais, ao prever no artigo 1306º/1 do Código Civil a existência de um *numerus clausum*; pelo que todas as formas que ora se enumerarão o serão com respeito a este princípio.

Contudo, também há casos em que por mera decorrência da lei, nomeadamente no que respeita à verificação de determinado facto jurídico *stricto sensu*, se adquirem direitos reais. Assim sucede com os privilégios creditórios do artigo 733º do Código Civil.

Para além destes casos, neste primeiro grupo integram-se, então, contratos, desde que estejam desenhados com o intuito de constituir ou transmitir direitos - como sucede, por exemplo, nos casos da compra e venda, troca, doação, mútuo ou sociedade – ou modificar relações jurídicas no que à sua titularidade diz respeito.

Também os negócios jurídicos unilaterais - como o testamento, a instituição de fundação ou a hipoteca voluntária - muito embora a produção de efeitos se encontre dependente da aceitação do beneficiário⁹⁶ se lhes pode juntar; pelo que não é errado afirmar que *o negócio unilateral constitutivo de direito real apenas opera, em rigor, a sua pré-constituição*⁹⁷.

A somar a estes, as decisões judiciais podem, aqui, ser integradas conquanto tenham sido proferidas no âmbito de ação de execução específica em substituição de declaração negocial de sujeito obrigado a celebrar contrato, que não tenha cumprido a promessa, ou haja expressa referência legal neste sentido⁹⁸; sendo certo que as partes sempre poderão recorrer aos tribunais, que casuisticamente apreciarão as suas pretensões.

Também a expropriação por utilidade particular se pode assumir como forma de aquisição genérica de direitos reais, na medida em que a lei conceda ao titular de um direito real o poder de *impor, ao titular de outro direito real em conflito, a respetiva limitação, oneração ou transmissão*⁹⁹, como sucede nas hipóteses dos artigos 1310º e 1547º/2 do Código Civil, relativos aos direitos de propriedade e servidão, respetivamente.

⁹⁶ Na linha do princípio *invito beneficium datur*, o que equivale a dizer que a ninguém pode ser concedida uma vantagem contra a sua própria vontade.

⁹⁷ Assim, JOSÉ ALBERTO GONZALÉZ, *idem*, página 146.

⁹⁸ Como sucede nos casos de consignação de rendimentos (artigo 658º/1 do Código Civil); hipoteca (artigo 710º do Código Civil) – ainda que, neste caso, seja necessário registo posterior; propriedade horizontal (artigo 1417º do Código Civil); ou servidão (artigo 1547º/2 do Código Civil).

⁹⁹ *Idem*, página 166.

Por fim, a usucapião pode ser definida como uma forma de aquisição genérica, uma vez que também ela permite a aquisição de uma miríade de direitos reais¹⁰⁰, nos termos do artigo 1287º do Código Civil.

2.3. CONFRONTO COM A AQUISIÇÃO SUCESSÓRIA

O conceito de sucessão, ainda que olhado com olhos laicos, tem implícita a ideia de continuação ou sequência, seja de pessoas, ideias ou momentos; sendo que é, precisamente, esta *sequência de pessoas* que mais se aproxima da noção jurídica, plasmada no artigo 2024º do Código Civil, enquanto fenómeno em que *uma pessoa assume, numa relação jurídica que se mantém idêntica, a mesma posição que era ocupada anteriormente por outra pessoa*¹⁰¹.

Pese embora a modificação subjetiva subjacente à ideia de sucessão, constata-se uma identidade normativa a envolver os dois direitos: o do *de cuius* e o do herdeiro¹⁰², seja este voluntário ou por imposição da lei. Tudo isto significa que a relação jurídica não se extingue, mas, antes, apenas passa a ser encabeçada por um sujeito ou titular diferente¹⁰³.

Ora, e uma vez que a aquisição derivada pressupõe a existência do direito na esfera jurídica do titular anterior, que será transferido *qua tale* para a esfera de um novo sujeito e, no caso da sucessão, há uma clara identificação entre direitos dos envolvidos, não podemos deixar de enquadrar a aquisição sucessória no leque das formas de aquisição derivada translativa. Precisamente por isto, pode dizer-se que entre ambas as expressões se estabelece uma relação de quase sinonímia.

Em resumo há a dizer que a aquisição de direitos por usucapião e a aquisição sucessória ocupam posições diametralmente opostas, nada tendo que as equipare ou aproxime¹⁰⁴.

¹⁰⁰ De que nos ocuparemos *infra*.

¹⁰¹ Citamos, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, página 6.

¹⁰² Falamos em *herdeiro* porquanto apenas pretendemos confrontar a usucapião enquanto forma de aquisição originária com a aquisição sucessória. No entanto, e visto que o conceito em epígrafe pode ser aplicado a outras atos jurídicos nomeadamente - e baseados, mais uma vez em PEREIRA COELHO, *loco citato*, - a compra e venda, a expropriação por utilidade pública ou a cessão de créditos, mais correto seria falar em identidade entre direitos anterior e posterior.

¹⁰³ Isto porque entendemos, ao contrário de autores como Ihering, Windscheid ou Savigny, os direitos subjetivos construídos como organizações objetivas – na linha da doutrina de Castanheira Neves -, o que permite a sua disposição (sem que isso implique a perda de identidade), não só pelos sujeitos que os encabeçam; e bem assim pelas próprias disposições legais.

¹⁰⁴ Assunto que, em breve, retomaremos.

3. FUNDAMENTOS

Precisamente por se caracterizar nos moldes que temos vindo a apresentar, podem levantar-se questões relativas à *ratio* da usucapião. Afinal, se a sua invocação for bem-sucedida há um direito real que se suprime ou restringe para dar lugar a um outro, que tem na sua génese uma posse mantida por certo lapso de tempo, ainda que respeitando algumas exigências.

Ao longo da história vários foram os motivos apontados para a existência do instituto que aqui tratamos; e a sua diversidade era de tal ordem que ainda hoje subsistem correntes distintas, não se adivinhando consenso, muito embora a doutrina coeva tenha vindo a coibir-se de refletir detalhadamente sobre este assunto por o entender, desde há largos séculos, enraizado na consciência jurídica não só nacional, como também – e de um modo geral – dos ordenamentos jurídicos de inspiração civilística, e por isso semelhantes ao português, bem como dos ordenamentos de *common law*¹⁰⁵.

Por outro lado – e como já repetidas vezes referimos -, a usucapião enquanto forma de aquisição originária de direitos reais acaba por comportar uma segunda face: a da extinção, ou compressão, desses mesmos direitos, visto que a manutenção do mesmo em duas esferas jurídicas se mostra totalmente inconciliável com a sua própria natureza¹⁰⁶. E este facto acaba por suscitar paixões e dividir opiniões entre as de pendor ético-moral e as que mais se aproximam de uma lógica jurídica isenta e racional.

Assim sendo, os dissensos são mais que muitos. Até porque, a sociedade – principalmente se leiga nestas questões - nem sempre vê com bons olhos este secular instituto¹⁰⁷. Quanto a nós, muito embora entendamos que apesar de o direito sempre dever prosseguir as

¹⁰⁵ Confronte-se, neste sentido, VASSALO DE ABREU, *loco citato*, páginas 193 a 195.

¹⁰⁶ Em sentido inverso, o Acórdão do pleno do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 30 de agosto de 2007 e relativo ao caso J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. vs the United Kingdom, é perfilada a ideia de que a prescrição aquisitiva, ou usucapião, só conduz à aquisição originária de direitos, mas já não a uma correspondente forma de perda ou compressão dos mesmos.

¹⁰⁷ Muitas vezes devido à prova fraudulenta de que o possuidor se serve para justificar a aquisição que invoca; mas principalmente devido à proximidade e animosidade com os sujeitos envolvidos, que muitas vezes acabam por turvar as noções de justo e injusto.

mais justas soluções possíveis, não se confunde com noções de ética ou moral, *apesar de, as mais das vezes, se coadunarem*¹⁰⁸.

Já procurámos demonstrar que as ideias adversas à possibilidade de usucapir são quase tão velhas como o tempo: se os romanos exigiam que o sujeito iniciasse a posse de boa fé a fim de contornar eventuais injustiças, os canonistas foram mais longe ao exigir que o sujeito assim se mantivesse durante todo o tempo em que possuísse, procurando, assim, evitar o pecado; tendência que se manteve com os pensadores da Escola do Direito Natural ou os seguidores da filosofia idealista.

Ainda hoje, o ordenamento jurídico denota resquícios destas tendências: não é à toa que para uma aquisição ser eficaz é necessária a sua invocação, judicial ou extrajudicial. Não obstante, ao conferir *carácter facultativo*, nos termos do artigo 1287º do Código Civil, o legislador ter deixado à responsabilidade do sujeito beneficiar, ou não, dessa aquisição, pautando-se por mais nada que os critérios de ordem moral que a sua consciência lhe ditar¹⁰⁹.

É, pois, ponto assente que um sujeito que tendo, durante um longo período temporal, encetado esforços no sentido de adquirir determinado direito real, mormente o da propriedade, tem como contraponto um outro sujeito que tendo, durante esse mesmo lapso temporal, sabido do *atropelo* ao seu direito, nada fez.

Uma vez que, nos termos do artigo 1313º do Código Civil, a ação de reivindicação é imprescritível; mas também porque o decurso dos prazos para a usucapião só se inicia a partir do momento em que a posse é pública, ou seja, desde que é suscetível de ser conhecida pelo interessado¹¹⁰; é, pois, necessário que o titular do direito usucapido tenha manifestado flagrante desinteresse: ou seja, não basta que se tenha cingido a não usar a coisa – faculdade que o direito real comporta – é necessário que a sua inação tenha consequência maiores que a mera relação privada, que se estendam, então, à comunidade em que o direito se insere e, mormente, à economia que lhe subjaz.

¹⁰⁸ Citamos HELENA MARIA MOUTA DE RESENDE PINTO, in *Posse e Usucapião – Noções fundamentais e algumas questões controversas*, página 39.

¹⁰⁹ Neste sentido, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na sua anotação ao artigo 1287º do Código Civil na já citada obra, página 65.

¹¹⁰ Assunto que, *infra*, retomaremos.

Assim, e desde Gaio, se entende que a usucapião tem lugar motivada por preponderantes razões de interesse público, ligadas à certeza da existência de direitos reais e, bem assim, à prova da existência e titularidade desses mesmos direitos.

Isto porque, mesmo sem estar a tal obrigado, sempre que um proprietário – por hipótese – não faz uso normal da coisa sua pertença, é criada, na comunidade em que se insere, uma ideia de incerteza sobre a propriedade dessa mesma coisa; que se adensa se esta vier a ser possuída por um sujeito estranho. O que, bem se vê, há de afetar o comércio jurídico, uma vez que a indeterminação da titularidade gera, em potenciais contraentes, receios que turvam o seu interesse.

No entanto, este entendimento, por si só, não basta para justificar a usucapião, porquanto há inúmeras situações de incerteza sobre a titularidade de direitos que se delongam por períodos temporais longuíssimos, sem que daí advenha qualquer cominação, pelo menos até se verificar uma posse *ad usucapionem*. Por outro lado, o nosso ordenamento jurídico tem previsto outros expedientes para contornar esta incerteza: falamos, pois, do registo fundiário, a que (também) aludiremos *infra*.

Por outro lado, há quem justifique a sua existência por a entender como uma sanção pela inércia do titular, ou pelo uso negligente; na linha de uma eventual função social que a propriedade desempenha.

Apesar de entendermos que a invocação bem-sucedida só será possível se se puder apontar alguma inércia¹¹¹ do anterior *proprietário*, não perspetivamos este argumento como válido, porquanto mais do que uma sanção aos direitos estabelecidos, a usucapião reconhece direitos a quem mostrou enlevo e interesse bastantes para tal. O mesmo é dizer, com Pereira Rodrigues¹¹² que *a usucapião não pode ser tida como um ataque ao direito de propriedade, mas antes como um tributo à posse, ou como a Cour de Cassation que a prescrição aquisitiva não tem por objeto nem por efeito privar uma pessoa do seu direito de propriedade,*

¹¹¹ Que trataremos *infra*. Por agora, apenas dizer, apenas, que entendemos como DURVAL FERREIRA, *opere citato*, página 437, que a inércia deve poder ser imputada ao titular que não reivindicou a restituição da coisa ao possuidor; situação *que não ocorrerá, se o titular do direito não* [estiver] *em condições, de facto ou de direito, de poder agir*, na linha do brocado *dormientibus non succurrit jus*. Próxima, também, da ideia jusnaturalista de abandono da coisa. *A contrario*, se a inércia não puder ser imputada ao sujeito em causa, as já aludidas razões de interesse público não bastarão para que um novo possuidor possa adquirir originariamente a coisa em conflito.

¹¹² *Apud*, LUCIANA RAQUEL RIBAU LOURENÇO, *O Instituto da Usucapião: Produto imutável do passado ou necessária reavaliação no presente? Confronto com o sistema de registo predial*.

*mas conferir ao possuidor, sob certas condições (...) um título de propriedade correspondente à situação de facto que não foi contestada.*¹¹³

Posto isto, jamais podemos desconsiderar a importância desmesurada da usucapião.

Dela sempre se poderá afirmar que *surge pela necessidade de adequar, nas condições específicas do sistema jurídico vigente no nosso País, o direito à realidade*¹¹⁴. Assim, e não desmerecendo que, ainda que lateralmente, releve para os intuitos que acima enumerámos, a função primordial da usucapião sempre se relacionará com a adequação da realidade fáctica à jurídica (prerrogativa incontornável do Direito, enquanto ciência prática).¹¹⁵

Assim é porque o registo predial, *per si*, não basta para que tal aconteça: seja porque a sua obrigatoriedade ainda é (relativamente) recente, havendo muitas coisas não transmitidas desde então¹¹⁶; seja porque como direitos de vocação duradoura, pode suceder que mesmo registados na esfera jurídica de determinada pessoa sejam possuídos e regidos por sujeito terceiro; ou ainda – que é o, para nós, mais releve – seja porque há uma verdadeira indeterminação da titularidade do direito, independente do registo, porque parte de uma herança (há muito) jacente.

Desta feita, a *usucapio contra tabulas* assume um papel fundamental e fundamente, ao permitir que um usucapiente cuja posse se mostre autónoma de quaisquer direitos reais, os adquira, em face de titulares registais que [dispõem] *de apenas de um poder jurídico simples, porque* [subtraídos] *da posse*¹¹⁷. Ou seja, apesar da função de eficácia perante terceiros que o registo desempenha, acompanhada de uma presunção de efetiva titularidade, o legislador não deixa de - ainda que indiretamente – reconhecer que nem sempre assim sucederá, pelo que permite a aquisição por um sujeito diferente do que aí figura. Até porque, para que se dê uma verdadeira transferência de direitos das coisas – num sistema, como o português, baseado nos princípios da causalidade e da consensualidade (artigo 408º/1 do Código Civil) – basta a existência de um título válido, enquanto expressão da vontade de transmitir,

¹¹³ Na sua decisão de 17 de junho de 2011, *apud*, VASSALO DE AREU, in *Usucapião de Imóveis sem Indemnização: O teste da conformidade com a Constituição e o Acórdão do Supremo Tribunal Constitucional nº 205/2000, de 4 de abril de 2000 (proc. 390/96)*, página 205.

¹¹⁴ Como, aliás, faz VASSALO ABREU, *idem*, página 199.

¹¹⁵ Também assim o artigo 2261º do *Code Civil* francês.

¹¹⁶ Para os concelhos onde existisse cadastro geométrico, o registo predial obrigatório só foi instituído com o artigo 2º do Decreto-Lei número 36505, de 11 de junho de 1947; e para a generalidade do país, ainda que de forma indireta, em data, ainda mais, tardia: com o atual Código do Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei 224/84, de 06 de julho.

¹¹⁷ *Vide* VASSALO DE ABREU, *loco citato*, página 197.

não sendo necessário exteriorizá-la, através de um concreto modo; pelo que ao registo resta uma natureza declarativa, ou de oponibilidade em face de terceiros.

Por tal, não podemos deixar de acompanhar Oliveira Ascensão que ensina que o registo em nada prejudica a usucapião, visto que nada pode contra a situação empírica que a usucapião espelha e que, assim, se assume como a *base de toda a nossa ordem jurídica imobiliária*¹¹⁸.

Nesta sequência, e visto que à invocação da usucapião se seguirá o registo de aquisição do direito a que ela reporta passarão a confluir *na mesma pessoa a situação de direito (...) e a situação de facto*¹¹⁹; pondo fim às discrepâncias havidas nos últimos anos. E daí se infere que a circulação dos bens fica facilitada, na medida em que cessa o desincentivo que a incerteza comporta e os litígios reduzidos, não só os respeitantes à figura da parte contraente, como também, os relativos às condições e características das próprias coisas. O mesmo é dizer que a economia jurídica e monetária fica favorecida, não só pelas apontadas razões, mas também porque, ainda que indiretamente, estimula os proprietários ou titulares de outros direitos reais a usar proveitosamente a coisa ou, pelo menos, a dispensar-lhe a necessária atenção.

Em suma, e por tudo quanto temos vindo a afirmar, parece-nos que a manutenção de tão antigo instituto se deve, hoje, a uma tentativa de resolver os conflitos de interesses entre o sujeito ativo, ou possuidor autónomo, e o sujeito inerte, mero proprietário, nomeadamente no que toca à oposição entre *uti dominus* e *ius in re*, harmonizando as questões de facto e de direito, no sentido da *ordenação dominial definitiva*¹²⁰.

Até porque, como procurámos demonstrar, não se trata de um qualquer tipo de sanção ao proprietário inerte, nomeadamente relacionada com a extinção do seu direito. Antes, subcrevemos a orientação vertida em Acórdão 205/2000 do Tribunal Constitucional, de 04 de abril de 2000 e relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza¹²¹, quando nos é dito que havendo sobreposição de dois direitos reais distintos, cabe à lei oferecer critérios de

¹¹⁸ Vide, *Direito Civil – Reais*.

¹¹⁹ Confronte-se com LUCIANA LOURENÇO, *loco citato*, página 96.

¹²⁰ Assim, VASSALO DE ABREU, *loco citato*, página 250.

¹²¹ Proferido no âmbito do processo número 390/96. Ainda que o seu objeto se prenda com a questão da conformidade constitucional da figura da acessão, mormente do artigo 1340º do Código Civil, não raras vezes os Conselheiros referem que o que sobre esta figura entendem é válido, também, para *outras formas imperativas de extinção ou restrição do direito de propriedade previstas na lei civil*, nomeadamente a usucapião. Dado o caráter geral das considerações, também entendemos desta forma.

prevalência, para pôr fim ao conflito inerente; o que conduzirá irremediavelmente à extinção de um dos direitos em causa. Claro está que o sobredito critério não poderá ser arbitrário ou injusto, nem sequer pautar-se, apenas, por razões de interesse particular; mas, sim, movido por um prevalecente interesse público, enquanto *resolução normativa de um conflito de direitos e no interesse (...) subjacente ao princípio da tipicidade dos direitos reais, que exige que não permaneçam duas propriedades sobrepostas fora dos casos expressamente previstos na lei*¹²², mas também nos termos e com os fundamentos que já referimos.¹²³

Desta feita, a usucapião acaba por harmonizar direitos conflitantes, usando como critério o intuito de fazer coincidir na mesma pessoa o domínio efetivo e o direito registado de uma mesma coisa. Não podemos olvidar que, se só olharmos para o resultado final da invocação, com a aplicação dos critérios dos artigos 1287º e seguintes do Código Civil, há um sujeito que obtém uma vantagem e outro que sofre uma perda patrimonial: que, mais não são que, *simples* [consequências] *da arbitragem de interesses contrapostos*.

Destarte, não nos parece que haja evidente contradição lógica em a lei permitir que um proprietário licitamente não use ou exerça outros direitos sobre coisa sua sem que daí lhe advenham quaisquer cominações, mas possa vir a perdê-la se outra pessoa mantiver posse sobre a mesma coisa, com os caracteres e durante o período de tempo legalmente estabelecidos¹²⁴.

3.1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE¹²⁵?

A prossecução de uma sociedade socialista, patente do Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa de 1976, não foi a geradora da *vexata quaestio* sobre se a propriedade prossegue, ou não, uma função social; mas acabou por obstar à sua resolução, principalmente devido a alguma confusão ideológica. Até porque, tendo bebido das ideias jusfuncionalistas e de algumas teorias das doutrinas da Igreja, a funcionalização da propriedade só

¹²² Citamos o texto do sobredito Acórdão do Tribunal Constitucional.

¹²³ Este interesse público em nada se confunde com o subjacente à expropriação. Diferentemente do que acontece neste último caso, não há qualquer prossecução de interesse específico de alguma entidade administrativa pública ou do próprio Estado.

¹²⁴ Reforçar, só, que a perda acontece em virtude da total incompatibilidade de direitos sobre a mesma coisa. Claro está que se o que estiver em causa for a usucapabilidade de direito real *menor*, a situação jurídica do primeiro titular há de ser modelada por força a adequar-se àquele.

¹²⁵ Falaremos, aqui, de propriedade por se tratar do direito real maior, que agrega sob si todos os demais. Fazemo-lo por razões de simplicidade de linguagem e entendimento, visto que tudo o que sobre este direito se disser acaba por valer, *mutatis mutandis*, para os demais.

encontrou cabimento junto de ideologias totalitárias, de entre as quais se destacou o fascismo italiano, não vingando nem nos regimes socialistas¹²⁶, nem nos neoliberais.

Apesar de longe da noção romana de direito de propriedade, é hoje inegável que o seu reconhecimento como um direito necessariamente constante da esfera jurídica de todos os indivíduos, nos termos do artigo 62º da Constituição da República Portuguesa¹²⁷, só suprimível nos casos expressamente previstos na lei; até porque, nos termos do artigo 17º do mesmo diploma, se trata de um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e por isso só possível de ser restringido nos termos do artigo 18º, ou seja, quando a própria Constituição o estabelecer.

Mas, nem sempre assim foi.

Sem muito recuar, basta que se pense na Reforma Agrária, ocorrida na sequência da Revolução de Abril, ou nas expropriações coevas para se constatar que, fruto de decisões políticas e das novas prerrogativas socioeconómicas, houve quem tivesse sido privado do que era seu, a fim de dar cumprimento a ideias de melhor distribuição de rendimentos e recursos.

Deve, também, olhar-se o disposto no Decreto-Lei 65/2019, que prevê que prédios de vocação agrícola, florestal ou silvo-pastoril sem dono conhecidos passem a integrar - ainda que provisoriamente - o património do Estado, que entrega, assim, a sua gestão e exploração a entidade especialmente criada para o efeito. Pese embora ser possível reverter esta situação se, no prazo de quinze anos, alguém conseguir provar a sua propriedade (até porque a aquisição, propriamente dita, só acontece decorridos quinze anos¹²⁸), o Estado pretende promover ações de promoção das atividades agrícolas e pecuárias, mas também evitar incêndios florestais, por se entenderem causados pela negligência a que se encontravam votados devido à ausência de um sujeito a quem a sua manutenção e cuidado pertenceriam.

¹²⁶ Diz-nos ORLANDO GOMES, in *A Função Social da Propriedade*, páginas 428 e 429, que só os *contrabandistas de ideias* podem associar a função social da propriedade à ideologia socialista; uma vez que mesmo quando seja reconhecida, sempre se tomará por referência à propriedade privada, pelo que *mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística*. Mais acrescenta - na página 430 -, o autor, que o *controle estatal da propriedade não conduz nenhum país ao socialismo, mas, sim, ao corporativismo*. Não temos por que discordar.

¹²⁷ Aprovada pelo Decreto 10/04 de 1976, e com as alterações trazidas, por último, pela Lei 1/2005, de 12 de agosto.

¹²⁸ Até então, os prédios só provisoriamente se encontram registados a favor do Estado, por não haver proprietário conhecido (por não haver qualquer registo da propriedade em causa; até porque caso o haja o presente diploma legal não poderá ser aplicado).

Também D. Fernando, rei de Portugal e dos Algarves, baseado nesta ideia – ou em outra semelhante –, produziu, em 28 de maio de 1375, aquela que ficaria conhecida como a Lei das Sesmarias. Num contexto de fome, peste e guerra, a plebe foi acometida a deixar a ruralidade para procurar melhores condições de vida junto das urbes. Aconteceu que essa investida se mostrou completamente fracassada, na medida em que aí os números das vítimas das epidemias eram bastante maiores e a fome grassava em números bem superiores. E a piorar, resultou no abandono de campos e terras de cultivo, o que mais agudizou a fome e a doença.

A fim de contornar o flagelo, o monarca viu-se obrigado a intervir e assim, para além de proibir a mendicidade e obrigar todas as pessoas a desempenhar mester, com particular incidência nas áreas agrícola e pecuária, [estabeleceu, ordenou e mandou] *que todos os que hão herdades suas próprias ou tiverem aprazadas ou aforadas (...), sejam constrangidos para as lavrar e semear; e se o senhorio das ditas herdades não puder por si lavrar todas as ditas (...) lavre parte delas por si (...) e as mais faça por outrem ou as dê a lavrador que as lavre e semeie por sua parte (...) de guisa que as herdades que sejam para dar pão sejam todas lavradas e aproveitadas e semeadas compridamente, como for mester, de trigo, ou cevada ou de milho (...)*¹²⁹, isto é, visou impedir o pousio em terras suscetíveis de aproveitamento¹³⁰.

É, então, por demais evidente que a necessidade do bom uso das terras, nomeadamente no que tange ao seu granjeio, se assumia como tarefa de incomensurável importância, concretamente para reverter a situação de carestia e escassez de bens alimentícios do reino. Tanto que, quem fizesse diferente do disposto na lei podia ser sancionado com a expropriação. Sem esquecer a previsão de que quem não reunisse condições para explorar corretamente a totalidade das suas terras, devia dar a quota que excedesse as suas possibilidades a quem o pudesse fazer.

Ora, não podemos deixar de apontar que já na Idade Média o legislador reconhecia a necessidade do uso adequado da propriedade; ou seja, um uso não só à medida do desejado e favorável para o proprietário, mas, também, coincidente com as necessidades sociais e comunitárias.

¹²⁹ Excertos retirados da *Ordenação de el-rei D. Fernando sobre a agricultura*, também parte constante das *Ordenações do Senhor Rey D. Afonso V*, Livro IV, título 31.

¹³⁰ Assim, DAMIÃO PERES, in *História de Portugal, Edição Monumental*, volume II página 348.

Influência da Revolução Francesa de 1789, que fez da propriedade um direito *inviolável e sagrado*¹³¹, a conceção feudalista e enfiteútica do domínio partilhado (entre *dominus eminens* e *dominus utile*) foi abandonada, dando lugar àquela perspetiva de propriedade *realmente* privada, destinada a servir tão-só os interesses do seu titular, bandeira maior do liberalismo e do capitalismo.

Mas, quando se fala em função social da propriedade não é, propriamente, com este intuito. Antes, se prende com a ideia de que a propriedade privada, enquanto direito inalienável do cidadão, deve prosseguir não só os interesses inerentes ao seu titular, mas principalmente interesses públicos, de ordem comunitária ou social; o que faria com que o direito subjetivo aqui em análise perdesse essa natureza, para passar a ser encarado como uma *complexa situação jurídica subjetiva, ativa e passiva*¹³².

Hodiernamente, em face da juridicidade vigente e da sociedade pluralista em que vivemos, não é tão simples afirmar, com certeza, a prossecução, ou não, desta função. No entanto, é certo que esta sempre será tomada em conta só no que respeita aos bens de produção, designadamente os bens imóveis afetos a atividades rurais e as empresas, visto que apenas estes – por contraposição aos bens de uso ou de consumo – são aptos para a satisfação de interesses coletivos. Pelo que esta dúvida também incide sobre o direito à iniciativa privada, previsto no artigo 61º/1 da Constituição da República Portuguesa, enquanto corolário do direito de propriedade, muito embora, nestes casos, haja uma remissão (tácita) para o disposto na *Constituição Económica*.

Por um lado, dúvidas não há que o artigo 298º/3 do Código Civil estabelece um princípio claro, no sentido da não extinção de direitos reais pelo não uso¹³³; pelo que, se entende esta como mais uma forma de usar a coisa em causa, a acrescer ao sobejamente conhecido *jus utendi, fruendi et abutendi*¹³⁴. Até porque não é difícil conceber casos em que o não uso

¹³¹ Ideologia plasmada, por Napoleão Bonaparte, no *Code Napoléon* de 1804, no artigo 544º.

¹³² Vide ORLANDO GOMES, *loco citato*, página 425.

¹³³ Ainda que não desconsideremos que quer as servidões (artigo 1569º/1/b do Código Civil) quer o usufruto e os direitos de uso e habitação (artigo 1476º/1/c do Código Civil, que se aplica a estes dois últimos direitos indicados) se extinguem por não uso, se assim permanecerem por vinte ou mais anos. No entanto, entendemos ser um período de tempo suficientemente longo para que possamos continuar a afirmar o princípio geral da Parte Geral.

¹³⁴ Ideia que, aliás, é igualmente válida para o direito civil italiano, inclusivamente por via do expressamente disposto no artigo 948º do *Codice Civile*.

se assume como a forma mais rentável de explorar uma coisa, como sucede, por exemplo, com os *bancos de terras*¹³⁵.

Por outro lado, também não se levantam questões acerca da imprescritibilidade da ação de reivindicação, que nos termos do artigo 1313º da mesma lei, pode ter lugar a todo o tempo, apesar da inatividade do proprietário.

E, por fim, porque a usucapião enquanto forma de aquisição originária de direitos só faz com os mesmos se extingam na esfera jurídica do primeiro titular porque a sua manutenção seria um atentado lógico à figura dos direitos reais. Não constituindo, portanto, uma sanção àquele sujeito, muito embora lhe possam ser imputadas atitudes negligentes ou inertes¹³⁶. Não obstante mesmo não sancionando, nem o direito promove ou incentiva este género de atitudes nem a economia o faz, porque o seu pendor capitalista não se coaduna com outras ideias que não as que envolvam ou impliquem dinamismo e comércio.

Em suma, a lei – aliada a uma eventual função social - não exige o uso da coisa; antes reconhece o não uso como uma hipótese constante do direito de propriedade, ainda que sempre tido por referência à possibilidade de um terceiro vir a usucapi-la. Mas, por outro lado, permite que esse, mesmo, proprietário descuidado perca o que é seu para alguém que, não obstante a inexistência de título ou fundamento, venha possuindo a coisa e, bem assim, realizar uma exploração da mesma socialmente útil e benéfica¹³⁷.

Mais ainda, há a dizer que este *tema espinhoso*¹³⁸ também não encontra solução, pelo menos literal, no texto da nossa Lei Fundamental: nem o suprarreferido artigo 62º, nem em normas como o artigo 88º - relativo aos meios de produção em abandono injustificado. Neste

¹³⁵ Os bancos ou bolsas de terras, cuja existência se encontra prevista no artigo 37º da Lei de Bases do Desenvolvimento Agrário, lei 86/95, e a regulamentação consta da Lei 62/2012, de 10 de dezembro, mais não são do que uma criação legislativa que permite o acesso facilitado a prédios rústicos ou mistos, aptos para atividades agrícolas, florestais ou silvo-pastoris, mediante a disponibilização dos mesmos sempre que não utilizados, publicitando, para o efeito, a sua existência com determinadas características e disponibilidade. Prédios, esses, que podem ser parte do acervo privado do Estado, autarquias ou outras pessoas coletivas de direito público, mas também – nos termos do disposto no artigo 5º/1 daquele último diploma legal, que assim se mostram disponíveis para a cedência, arrendamento ou venda. Ou seja, os bancos de terras acabam por ser um conjunto de prédios rústicos ou mistos, publicitados quer como necessidades quer como disponibilidades, o que promove a interagida e a celeridade de negócios jurídicos, contribuindo, assim, para um uso socialmente útil e profícuo da propriedade.

¹³⁶ Porque, como bem se viu, a lei desconsidera-as para a produção de outros efeitos jurídicos.

¹³⁷ Não tem que ser assim. Na verdade, mesmo que de má fé, é possível a alguém usucapir; mas também, porque, após essa aquisição é válido tudo quanto se disse para o proprietário: também o (ex-)usucapiente pode optar por não usar o bem ou, pelo menos, não o usar senão a seu bel-prazer, sem atender a quaisquer imperativos de utilidade pública ou social.

¹³⁸ No dizer de Ugo Mattei, referido por VASSALO DE ABREU, *idem*, página 229.

último artigo é-nos dito que sempre que sem razão aparente haja *terras incultas, estabelecimentos fabris parados e encerrados, casas desocupadas, etc.*¹³⁹ poderão ser expropriados, objeto de arrendamento ou de concessão de exploração compulsivos, remetendo as condições para termos a fixar por lei. Sucede que a dita lei até então não aconteceu, pelo que (até) esta eventual manifestação da função social terá de ser desconsiderada, visto que, na melhor das hipóteses, seria um *limite fantasma*, pelo que mesmo que se entendesse que esse artigo consubstanciava uma expressão desta função, sempre se diria que se tratava de um preceito sem valor normativo, dada a falta de concretização em lei *palpável*.¹⁴⁰

Resta, pois, procurar solução na jurisprudência, nomeadamente constitucional, cujo entendimento se tem aproximado, não raras vezes, da vertida no Acórdão 187/2001 do Tribunal Constitucional, datado de 2 de maio de 2001 e relatado por Paulo Mota Pinto. Aí é dito que apesar da ausência de previsão textual expressa, não deve ser descurado que, a conceção clássica do conteúdo do direito de propriedade deve progressivamente ser adequada por forma a compatibilizar-se com outras exigências constitucionais, à luz dos princípios de um Estado de direito¹⁴¹. A título meramente exemplificativo poder-se-ão referir a proteção do ambiente, ou exigências de saúde pública.

Parece-nos um bom entendimento da questão.

Assim, e por tudo quanto dissemos, tendemos a encaminhar-nos no sentido do defendido por Paulo Mota Pinto e demais Conselheiros¹⁴² envolvidos na redação do Acórdão referido: apesar de direito individual, irrevogável e inalienável, a propriedade deve moldar-se às demais exigências constitucionais e de justiça social, o que não significa que o proprietário se encontre sujeito a deveres que comprimam o seu direito: antes, essa, mesma, compressão dever-se-á a *valores mais altos [que] se alevantam*. e assim sucede porque o projeto socioeconómico da nossa Lei Fundamental se encaminha, precisamente, no sentido de

¹³⁹ Vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I volume, 4ª edição revista, página 1027.

¹⁴⁰ Não descuramos, claro, a possibilidade vertida no artigo 18º/2 da Constituição que permite a supressão destes direitos conquanto se cumpram, cumulativamente, exigências de proporcionalidade, necessidade e adequação. Ainda assim, por razões de economia textual, descuramos maiores explanações.

¹⁴¹ Seguindo de perto orientações já plasmada em Acórdãos anteriores, nomeadamente o número 4/96 ou o número 866/96, ambos do Tribunal Constitucional.

¹⁴² Apesar dos dois votos de vencido, dos Conselheiros Guilherme da Fonseca e Maria Helena Brito, de cujas declarações de vencido tendemos a discordar.

adaptar o espectro jurídico por forma a aproximar a satisfação de interesses individuais e da coletividade de soluções tradicionalmente associadas ao direito de propriedade, uma vez que este não tem carácter absoluto e inabalável, mas que, ao invés, se deve considerar enquadrado num leque de outros direitos, liberdade e garantias, e por isso limitado pela Constituição e pela lei¹⁴³.

Tudo quanto se afirmou que equivale a dizer que a juridicidade vigente e a sua própria *ratio* apenas oferecem um parâmetro de exercício do direito de propriedade, que não implica o cumprimento de obrigações positivas ou limitações negativas. Mais ainda, mesmo que entendêssemos essas normas como uma verdadeira compressão a um direito constitucionalmente previsto, não nos parece que tivessem conteúdo e alcance bastante para atingir o núcleo mínimo do direito, pelo que nunca seriam suficientes para pôr em causa a sua existência.

Contudo, não nos parece essa a fundamentação da usucapião, porque ao possuidor – perdoadas sejamos pela redundância – basta possuir à imagem do titular de um direito real e já, sobejamente, dissemos que a estes é possível e lícito nada fazer com a coisa que lhes pertence; pelo que, por maioria de razão, nos parece evidente que o possuidor pode sê-lo só no seu interesse sem fazer o que quer que seja pelo interesse público ou, até, sem fazer seja o que for.

Claro que em termos práticos, isto é, se só atendermos ao resultado empírico que daqui advém, seria ingénuo afirmar que a propriedade não desempenha uma função social e bem assim que a usucapião não constitui uma sanção ao proprietário inerte. No entanto, pugnar pelo fundamento da usucapião a residir neste argumento seria um desvirtuar desta figura.

Também por isso, não nos parece que deva haver lugar a indemnização.

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E INDEMNIZAÇÃO

Por tudo quanto se disse não é de estranhar que alguns autores se interroguem quanto ao eventual cabimento da usucapião no instituto dos artigos 473º e seguintes do Código

¹⁴³ Só referir que precisamente por se tratar de um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, só pode ser limitado nos termos do artigo 18º, sendo certo que a sua disciplina se encontra sujeita a reserva de lei parlamentar, conforme estabelece o artigo 165º/1/b.

Civil¹⁴⁴: o enriquecimento sem causa. Isto porque, pelo menos em termos *visíveis*, a usucapião implica a aquisição de um direito real sem mais fundamentos que não a posse – com as características que a lei especifica – durante determinado período de tempo. E a confusão dá-se na medida em que o referido artigo estabelece que nas hipóteses em que um sujeito *sem causa justificativa enriquecer à custa de outrem* deva ser obrigado a restituir tudo com quanto se tenha locupletado.

Como já deixámos antever, não subscrevemos a ideia de que usucapir seja enriquecer sem causa justificativa.

É certo que com a invocação, em princípio, o património do usucapiente sofrerá um incremento, ou seja, o sujeito possuidor enriquecerá, de facto. No entanto, não nos parece que o faça sem causa justificativa, porquanto a própria razão de ser da *usucapio* se mostra suficiente¹⁴⁵ para justificar a aquisição originária que suscita a já badalada prossecução da adequação entre situações fática e jurídica / registal.

Até porque, apesar de a invocação ditar a substituição do titular do direito real sobre a coisa o que se traduz na substituição do primeiro sujeito, não podemos considerar que este sofra verdadeiro prejuízo, uma vez que há já largos anos que não gozava as mais valias que a coisa era apta a proporcionar, dada a incúria a que a votara e que permitira a usucapabilidade da mesma¹⁴⁶.

Não podemos deixar, ainda, de frisar, que nos termos do disposto no artigo 482º do Código Civil o direito à restituição do objeto do enriquecimento prescreve no prazo de três anos, a contar desde que o credor teve conhecimento do direito com que outros enriqueceram. Ora, bem se vê, que o conhecimento da posse de terceiro preenche a hipótese legal e, por isso, permite o início da contagem do prazo de prescrição. Acontece, também, que é a partir desse momento que se iniciam os prazos para a usucapião; que na grande maioria das vezes são bastante superiores a três anos.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Assim, LUCIANA LOURENÇO, na já citada obra, páginas 97 e 98.

¹⁴⁵ Sem prescindir que se a posse for titulada, esse, mesmo, título é justificação bastante para fundamentar quer a posse quer a aquisição que, posteriormente, daí advenha.

¹⁴⁶ Não esqueçamos que nem sempre é necessário que o enriquecimento tenha como contraponto um empobrecimento. Contudo, realçar a sua ausência sempre ajudará a clarificar a ideia que pretendemos afirmar: a dissidência entre usucapião e o instituto do enriquecimento sem causa.

¹⁴⁷ Disso falaremos brevemente. Por ora, só referir que apenas nos casos do artigo 1298º/a o período temporal necessário para usucapir é inferior a este lapso temporal.

Deste modo, entendemos não haver aplicação ao disposto naquela secção da lei civil, e bem assim, não deve o anterior titular d(o direito real sobre)a coisa poder pedir a sua restituição ou indemnização equivalente.

Por outro lado, e afastados deste instituto, entendemos, também, que quem adquire – mesmo que com má fé - por usucapião não deve ficar obrigado a indemnizar o sujeito anterior *proprietário*¹⁴⁸ ¹⁴⁹.

E entendemos deste jeito porque nos parece que só deve haver lugar a indemnização quando o sujeito credor tenha sofrido um dano.

E, mais ainda, só terá lugar se, atendendo ao prescrito no artigo 483º/2 do Código Civil (não se podendo somar a culpa aos pressupostos do número anterior), a lei o estipular expressamente. Situação que não acontece. Ora, por si só, este último segmento normativo bastaria para excluir os casos em que, durante todo o período em que possui, o usucapiente o faz de boa fé, uma vez que ao agir sem convicção de assim lesar outrem não pode ser tido como uma conduta culposa, nem tampouco dolosa; principalmente se a sua posse for titulada.

Mas, dissemo-lo, já, que mesmo que o possuidor aja com má fé não deve ser considerado devedor de um crédito indemnizatório. E assim afirmamos porque, no nosso entender, a maior culpa – ou pelo menos negligência – a concorrer para a perda de determinada coisa ou direito sobre ela reside no titular cuja incúria permitiu o decurso dos longos prazos da usucapião.

Neste sentido, e concordando com o que Desembargadores do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁵⁰ acordaram em 27 de setembro de 2018, encaminhamo-nos no sentido de que para além de os danos não poderem ser presumidos, devemos considerar que se *se nada* [soubermos] *sobre a utilidade económica que se pretendia extrair do bem, nada sabemos da existência de dano*. Queremos, pois, deixar claro que não conseguimos sufragar a ideia de que possa ou deva ser indemnizado quem durante anos a fio não se preocupou ou estimou a

¹⁴⁸ Assim acontece na generalidade dos ordenamentos jurídicos, à exceção da Suécia, desde que o legítimo proprietário tenha sido forçadamente privado do seu direito e proponha ação num prazo de dez anos. Confronte-se, neste sentido BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Adverse Possession*, 2006, *apud* VASSALO DE ABREU, *loco citato*, páginas 194 e 195

¹⁴⁹ Diferente VASSALO DE ABREU, *idem.*, página 268, vê na ausência de norma que preveja indemnização uma razão suficiente para pôr em causa a conformidade constitucional do instituto.

¹⁵⁰ Em Acórdão proferido no âmbito do processo 11680/15.2T8LRS.L1-6, e relatado por Carlos Marinho, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/184359/>.

utilidade económica que as suas coisas lhe podiam proporcionar, abrindo caminho a que outros dela se aproveitassem, para depois vir invocar um prejuízo que, sempre, esteve nas suas mãos ter evitado. Mais: não consideramos que a desafetação da coisa a um património constitua, sem mais, um dano (nem como dano emergente nem como lucro cessante), visto que não pode concluir-se que com a sua manutenção sob a titularidade daquele sujeito, as suas vantagens fossem aproveitadas; sendo certo que anteriormente o não foram.

Posto isto, consideramos que inexistente qualquer dever de indemnização, mesmo que fixado segundo juízos de equidade, nos termos do artigo 566º/3 do Código Civil, porquanto entendemos que a usucapião não origina verdadeira perda patrimonial para o titular da coisa que, nestes termos, não sofre qualquer dano.

Não obstante, consideramos que, também, não tem lugar a aplicação o artigo 1310º do Código Civil ao estipular que é devida indemnização sempre que se esteja perante expropriação ou requisição de bens. Como já demonstrámos não entendemos que entre as figuras se possa erigir um raciocínio analógico porquanto os fundamentos e razões de ser em muito pouco se assemelham. Ademais, admitir esta possibilidade seria conferir uma enorme vantagem para quem, embora titular de direito real, pouco se interessou pela manutenção e incremento do seu património.

3.2. PROVA DIABÓLICA

Temos abordado a questão dos fundamentos da usucapião por referência à sua utilidade social enquanto forma de aquisição originária de direitos por pessoa que não o seu titular. No entanto, seria insuficiente ficarmos-nos por aqui.

Embora o que pretendemos dizer não possa deixar de ser rotulado como uma verdadeira aquisição, não há nestas situações – e empiricamente falando – qualquer enriquecimento ou respetivo empobrecimento. Esclarecendo: já repetidas vezes dissemos que o registo – apesar de ter, no nosso sistema jurídico, uma utilidade imensurável e inquestionável –, não se mostra apto a resolver todos problemas que os direitos reais implicam. Desta forma, não é difícil depararmos-nos com casos em que, apesar de ser de conhecimento público que

a propriedade de determinada coisa é titularidade de determinada pessoa, nem sempre há prova ou título que o justifique.

Nestes casos, e não podendo gozar da presunção de registo, o proprietário *fica em apuros* quando se trata de conseguir provar esse seu direito, visto que para conseguir prova-
lo teria que retroceder ao longo de séculos de história até conseguir identificar a aquisição originária primeira que deu azo a tais transmissões subsequentes que permitiram que aquela coisa chegasse às suas mãos, isto é *restituindo a cadeia de titulares anteriores até uma aquisição originária*¹⁵¹. A este fenómeno, e dada a sua complexidade, é dado o nome de prova diabólica ou – na forma latina – *probatio diabolica*.

Isto porque não basta invocar que o direito foi adquirido com base, por exemplo, num contrato de compra e venda e apresentar, para o efeito, a respetiva escritura pública ou documento particular autenticado; visto que ainda assim não será possível aferir da bondade do título de que o alienante dispunha e, bem assim, dos seus antecessores.

A fim de poupar a comunidade jurídica a estes inconvenientes, mas norteado, também, pelas ideias que *supra* explanámos, o legislador previu no artigo 1268º/1 do Código Civil preceito legal que estabelece que havendo presunção resultante de registo a favor de um sujeito e presunção resultante da posse a favor de outro, prevalecerá a da posse, a menos que o registo seja anterior ao registo daquela¹⁵² (do que decorre que se ambas as presunções tiverem a mesma data, prevalecerá a posse); o que denota uma opção legislativa de maior confiança na posse, em detrimento do registo.

Desta feita, e visto que a usucapião é uma forma de aquisição de direito real, mostra-se apta para *destruir qualquer outro direito anterior*¹⁵³, pelo que basta que se consiga provar posse boa para a invocar que o direito real correspondente ficará, também, provado.

Em suma, por aqui se vê que as razões aptas a justificar a existência e permanência do instituo da usucapião entre nós – designadamente as relacionadas com a coincidência entre titularidade e poder de facto - não são só válidas para a aquisição por terceiros. Como

¹⁵¹ Assim o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de abril de 2013, relatado pelo Desembargador Henrique Antunes e proferido no âmbito do processo 413/11.2TBNLS.C1 e disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/115817/>.

¹⁵² Claro está que a presunção do registo pode ser ilidida mediante a invocação de usucapião.

¹⁵³ Vide o Acórdão do mesmo Tribunal, de 16 de dezembro de 2015, relatado pelo Desembargador Arlindo Oliveira e proferido no âmbito do processo 1395/08.3TBLRA.C1 e disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/113967/>.

se procurou demonstrar, a usucapição também poderá aproveitar àqueles que apesar de serem titulares de um direito real não têm forma de o provar, ou, pelo menos, forma fácil e acessível.

4. ÂMBITO

Diz-nos o artigo 1287º do Código Civil que só a propriedade e demais direitos reais de gozo são usucapíveis; sendo certo que o artigo 1293º do mesmo diploma exclui desta possibilidade as servidões não aparentes e os direitos de uso e habitação.

E assim é porque, já que a usucapição sempre é tomada por referência a coisas corpóreas - e não, propriamente, a direitos¹⁵⁴ - só poderá ter lugar perante bens apropriáveis ou suscetíveis de posse singular.

Assim sendo, à primeira vista, podemos ser levados a crer que a usucapição só poderá ser invocada no âmbito dos direitos de propriedade, propriedade horizontal, usufruto, superfície, servidão aparente e habitação periódica¹⁵⁵. Porém, os ordenamentos jurídicos já nos habituaram aos seus *avanços e recuos*, pelo que em normas dispersas são estabelecidos e restrições a este princípio geral.

4.1. EXCLUSÃO

Neste grupo, hão de incluir-se bens sobre os quais não é possível incidir um direito real, pelo que a invocação da usucapição se mostraria absurda, uma vez que o efeito pretendido jamais poderia verificar; mas também situações que o legislador decidiu excluir¹⁵⁶, como ressalvado no artigo 1287º do Código Civil.

¹⁵⁴ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Da Usucapição de Imóveis em Macau*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, página 37. Daí haver autores – LUCIANA LOURENÇO, *opere citato*, página 54, por todos - que criticam o teor do artigo 1287º do Código Civil, uma vez que *não se possuem direitos, mas, sim, coisas*.

¹⁵⁵ Na verdade, há autores que excluem deste leque a nua-propriedade, por não lhes parecer possível que esta contemple, em si, atos possessórios. Tal entendimento é inaceitável para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que, na anotação ao artigo 1287º no seu *Código Civil Anotado*, plasmam a opinião que sufragamos: que para além de o proprietário poder, *per se*, praticar atos materiais sobre a coisa em causa pode, também, exercer a sua posse por intermédio de usufrutuário. Também assim, SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, página 191.

¹⁵⁶ Entendemos que o que levou o legislador a encaminhar-se por esta opção não foram motivos arbitrários, mas sim uma razão de ser razoável e ponderada que levou a esta tomada de posição, como aliás o artigo 9º/3 do Código Civil impõe que façamos. Quando utilizámos o termo *decidiu*, queremos, apenas, dizer que apesar de assim ser, outras soluções poderiam ser apontadas. Diferentemente VASSALO DE ABREU, *apud*

Quanto ao primeiro grupo, não há dúvidas que aí se integram direitos reais de aquisição, direitos reais de garantia, direitos de crédito; assim como direitos relativos às coisas situadas fora do comércio jurídico¹⁵⁷, nos termos do estabelecido no artigo 202º/2 do Código Civil¹⁵⁸.

Parece-nos por demais evidente que as dúvidas só se colocariam perante direitos reais, por só estes traduzirem um efetivo domínio de um sujeito sobre uma coisa.

Nos direitos pessoais e direitos de crédito há, somente, uma relação entre sujeitos que, mesmo geradora de direitos eventualmente incidentes sobre coisas¹⁵⁹, não se materializa no *corpus* possessório necessário para que a usucapião possa ter lugar, nem tampouco em *animus* similar ao de um titular de direito real. Mais ainda, o facto de pressuporem uma relação com outrem sempre inviabilizaria a aquisição originária.

E, mesmo de entre o conjunto de direitos reais, os de aquisição sempre seriam excluídos na medida em que não são suscetíveis de posse, visto que a estrutura biunívoca por que esta se pauta sempre há de implicar uma exteriorização de direitos, isto é, a sua fruição proporcionada pela vocação duradoura do direito— aqui impossível por se tratar de direitos que, no dizer de Mota Pinto, [se exercem] *de um só golpe*¹⁶⁰.

Já no que tange aos direitos reais de garantia as certezas serão se não mais escassas, pelo menos não tão fortes. Sucede, aqui, que apesar de a lei – artigo 670º/a do Código Civil,

LUCIANA LOURENÇO, *idem*, página 65, entende que a previsão das servidões não aparentes no artigo 1293º/2 do Código Civil se trata *de uma escolha discricionária do legislador baseada em razões de carácter político-legislativo, e não técnico-jurídico* strito sensu.

¹⁵⁷ Um exemplo disso são os terrenos baldios que, por força do estabelecido no artigo 5º/1 da Lei 68/93, de 04 de setembro, não podiam ser apossados nem adquiridos por ninguém, visto que ao admitir-se esta possibilidade se contenderia com a razão de ser da sua existência, que nos termos do artigo 3º da presente lei se prendia com finalidades de interesse público, de âmbito agro-pastoril, junto de determinada comunidade de pessoas. No entanto, a lei que ora rege esta realidade – Lei 75/2017, de 17 de agosto - é, ainda mais esclarecedora: mantendo as mesmas finalidades, esclarece no artigo 6º/3 que por se encontrarem excluídos do comércio jurídico, os terrenos baldios não poderão ser apropriados por terceiros, nomeadamente através da usucapião.

¹⁵⁸ Uma vez que, por maioria de razão, se a usucapião se assume como uma forma alternativa de aquisição de direitos – através da posse -, só pode ter lugar quando esses mesmos direitos pudessem ser adquiridos com recurso a outra forma.

¹⁵⁹ Assim dizermos por entendermos que situações comumente designadas como direitos pessoais de gozo, de que a locação é exemplo maior, são verdadeiros direitos de crédito, e por isso não geradores de posse, muito embora não desconsideremos que se traduzem num *exercício direto e imediato sobre coisa indeterminada*. Para melhores esclarecimento *vide* SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, páginas 109 e seguintes.

¹⁶⁰ *In Direitos Reais segundo as preleções do Professor Doutor C.A. da Mota PINTO ao 4º ano jurídico de 1970-71*, ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA, página 196; onde explica que a natureza do direito não permite o seu exercício através da prática de atos reiterados.

a contrario - os excluir do leque de possibilidades de usucapir, não se impõe – como sucedia nos casos que antes explanámos – um argumento de obviedade que justifique a exclusão. Isto porque há direitos de garantia que implicam uma relação material com a coisa e, por tal, o exercício de poderes de facto, como sucede nos casos do penhor ou do direito de retenção; pelo que, pelo menos o elemento exterior da posse ficaria preenchido. Já nos casos em que a garantia passa por direitos que não preveem qualquer contacto com a coisa não se vislumbra como se poderia *possuir*, o que de antemão exclui a usucapião.¹⁶¹

Dentro do segundo grupo, há a apontar, em primeiro lugar, que a lei exclui¹⁶² as servidões prediais não aparentes. E assim é desde, pelo menos, o Código de Seabra que (com o seu artigo 2273º) excluía da usucapabilidade as servidões, mesmo que aparentes, tendo-se mantido com a Reforma de 1930 (ainda que se tenha restringido o âmbito de exclusão às servidões não aparentes); muito embora estas possam ser objeto de posse e, nesta sequência e face ao disposto no artigo 1280º do Código Civil, de defesa possessória¹⁶³.

Por tal, Durval Ferreira¹⁶⁴ aponta como motivo para a sua exclusão razões de boa vizinhança, ou mais concretamente o intuito de as proteger e fomentar, evitando que atos ocultos ou tão só de mera tolerância ou obsequiosidade originem consequências positivas, mormente a aquisição de um direito de servidão, ou negativas – se perspetivadas na ótica do proprietário tolerante que assim vê embaraçado. Não obstante, também se entende que se o proprietário equacionasse que a sua tolerância pudesse resultar numa aquisição, evitaria esses atos de cortesia.

Já no que respeita à exclusão dos direitos de uso e habitação, instituída na alínea b) do já aludido artigo, não se vislumbra, imediatamente, quais as razões que determinaram a intenção do legislador. Tanto é que no direito anterior ao coevo Código Civil em torno desta questão orbitavam várias linhas de pensamento. Assim, apesar de o Anteprojeto relativo ao *usufruto e uso e habitação* de Pires de Lima prever (nos artigos 2º e 52º) a usucapabilidade de ambas as figuras, o Anteprojeto sobre a *usucapião* de Pinto Coelho excluía (artigo 10º)

¹⁶¹ Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, MOTA PINTO, *idem*, é perentório ao afirmar que apesar de *iure constituto* estes direitos estarem afastados do elenco que aqui tratamos, de *iure condendo não seria impossível* integrá-los, pelo menos nos que impliquem o exercício de poderes diretos sobre a coisa.

¹⁶² Não só no já referido preceito, mas também no artigo 1548º/1 do Código Civil.

¹⁶³ Desde que fundadas em título provindo de proprietário do prédio serviente.

¹⁶⁴ *Opere citato*, página 445; e bem assim a generalidade da doutrina tradicional.

do seu âmbito este último direito. Prevaleceu esta última orientação, com a Primeira Revisão Ministerial.¹⁶⁵

À partida, dever-se-á à natureza estritamente pessoal destes direitos; de tal forma vincada que o legislador não se resume a estabelecer, no artigo 1484º/1 do Código Civil, que *a faculdade de se cingir de determinada coisa e haver os respetivos frutos, na medida das necessidades se cinge apenas ao titular deste direito e à sua família, como vai mais longe e enumera - no artigo 1487º do mesmo diploma -, de forma restrita, quem deve ser considerado para estes efeitos e estabelece – no artigo seguinte – a sua intransmissibilidade; o que só realça o intuito pessoalíssimo deste direito. Desta feita, parece-nos que a exclusão do artigo 1293º/b do Código Civil se assume como uma salvaguarda deste intuito, uma vez que permitir que alguém possuísse nestes termos sempre seria uma desvirtuação da figura. Por outro lado, e dadas as semelhanças com o usufruto (de tal modo que o legislador remete, por duas vezes – artigos 1485º e 1490º do Código Civil –, para as normas relacionadas com aquele outro direito real para a integração de lacunas) e até mesmo com a propriedade, na medida em que a coisa pode ser usada para satisfazer as necessidades do usuário ou morador usuário, não é de espantar que a exclusão do artigo 1293º/b de se deve a razões pragmáticas e de cautela, a fim de evitar a confusão na destrição do teor do *corpus* da posse¹⁶⁶.*

Por outro lado, apesar de nem só as coisas objeto de propriedade privada poderem assim ser adquiridas, mostra-se essencial que pertençam ao domínio privado, seja de pessoas de direito privado, seja do Estado, visto que nada obsta que este possa agir tal qual um sujeito de direito privado, ou seja, desprovido dos seus poderes de autoridade¹⁶⁷. Só não se poderá dizer que o Estado atuará como se de um qualquer proprietário se tratasse porquanto há regras orgânicas e contabilísticas que balizam a sua atuação e normas legais específicas que, também em termos externos, fazem com que o exercício do direito de propriedade se distingua.

¹⁶⁵ Vide a anotação ao artigo 1293º do *Código Anotado* de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA.

¹⁶⁶ Muito embora a propriedade e o usufruto não sejam direitos *intuito personae* como os direitos de uso e habitação.

¹⁶⁷ Graças ao Decreto de 18 de novembro de 1869, o alcance do Código Civil então vigente foi estendido aos territórios ultramarinos, pelo que, a partir dessa data, também as possessões de direito privado, fossem elas do Estado ou de cada uma das Províncias, passaram a poder ser usucapidas (ainda que ressalvando-se os usos e costumes da Nova Conquista, de Goa, Damão e Diu, de Macau e de Timor). Até então, a escassa legislação era omissa quanto a esta possibilidade.

Ainda assim, há coisas que mesmo situadas no domínio privado do Estado estão excluídas do âmbito da usucapião porquanto legalmente indisponíveis e por isso, nos termos do disposto no artigo 202º do Código Civil, fora do comércio. *A contrario*, as coisas do seu domínio privado podem ser adquiridas por usucapião, não só por pessoas coletivas públicas que sobre elas exerçam posse, como também por particulares.¹⁶⁸

Contudo, não raras vezes, o Estado serve-se de esquemas e figuras do direito público para afetar, a si, coisas corpóreas. Assim, poder-se-á falar em domínio público para definir *um conjunto de bens que o Estado aproveita para os seus fins usando poderes de autoridade*¹⁶⁹ que detém, porque a somar aos poderes inerentes ao direito de propriedade goza da possibilidade de exercer prerrogativas de autoridade, nomeadamente ao emanar atos normativos. E é precisamente sobre estes bens que incidirá a já referida exclusão da *alçada* da usucapião, porquanto entendemos que, dado que prosseguem objetivos úteis a toda a sociedade e a cada um dos seus membros, devem situar-se num patamar diferente dos bens do domínio privado e, por isso, ser objeto de mais e maiores proteções, nomeadamente ao não poderem ser usucapidos ou expropriados.

No entanto, não se excluiu que possam ser usucapidas por pessoas coletivas de direito público, na medida em que as suas características orgânicas e estatutárias de pendor administrativo lhe permitam possuí-las respeitando as prerrogativas públicas a que a coisa se encontra adstrita.

Se é certo que a ideia de os bens pertença do Estado não poderem ser alvo de apropriação privada remonta ao direito romano, não é menos certo que ao longo do tempo há quem venha pondo em causa esta impossibilidade.

Indicamos, por ora, Durval Ferreira¹⁷⁰ para quem, muitas vezes, a afetação de uma coisa ao domínio público se assume como uma manobra artificial, visto que a natureza da coisa em questão o não impõe; manobra, essa, que pode acontecer de forma tácita e não

¹⁶⁸ Assim, DURVAL FERREIRA, *opere citato*, página 444.

¹⁶⁹ *Vide*, MENEZES CORDEIRO, *loco citato*, páginas 41 e seguintes. Que acrescenta que na ótica do Direito público, *os direitos subjetivos têm o sentido de poderes-deveres*. Ainda que de forma exemplificativa, o artigo 84º da Constituição da República Portuguesa – à semelhança do que acontecia no artigo 49º da Constituição de 1933 –, enumera uma série de *coisas* que pertencem ao domínio público. E, no seu número 2, abre a parte em que este elenco seja acrescentado por disposições legais ou constitucionais.

¹⁷⁰ Para melhores esclarecimentos, *vide* as suas palavras, *opere citato*, páginas 444 e 445.

publicitada. Tal há de significar que a sua desafetação também poderá revestir-se destas características e assim acontecer de um ato só perceptível enquanto tal por referência a expedientes interpretativos. A ser assim, o autor defende, que a desafetação possa acontecer pelas mãos de um particular - quando a faz ingressar no seu domínio de facto -, o que significa que nada obstará à subsequente posse e, volvido o período de tempo definido pela lei, usucapião. Mais acrescenta que mesmo que se assim não se entenda, o facto de Administração Pública se ter revelado displicente no aproveitamento da coisa já revela, por si só, uma desafetação da mesma.

Tendemos a concordar com esta última orientação: a inércia da Administração Pública deverá, em primeiro lugar, ser vista como um incumprimento do poder-dever a que se encontra adstrita; pelo que tudo o que se disse sobre a importância destes bens para o interesse comunitário fica preterido: não parece que valham as ponderosas razões que justificam a sua subtração ao comércio jurídico, porquanto nenhuma utilidade se extraia da sua pertença. Desta feita, e como já procurámos demonstrar, devem valer as razões que fundamentam a usucapião, geralmente consideradas; isto é, deve o bem poder ser usucapido, até porque socialmente será mais útil que um cidadão comum o goze e (eventualmente) explore, do que mantê-lo nas mãos de um Estado inerte.

Certo é que, se pertença do Estado ou de outras entidades públicas os prazos de antiguidade da posse serão dilatados em 50%, nos termos do disposto no artigo 1º da Lei 54 de 16 de julho de 1913 e confirmado pelo artigo 1304º do Código Civil.

Por fim, e a tocar em ambas as categorias que começámos por expor há que comentar os direitos de propriedade industrial e intelectual.

Por um lado, o artigo 1303º/2 do Código Civil prescreve que apesar de regulados por disposição especial nada obsta a que as regras sobre relativas à propriedade *em geral* se apliquem aos direitos de propriedade industrial e intelectual; o que parece significar que estes serão usucapíveis, conforme a *esses domínios se estenda a posse*¹⁷¹, nos termos do disposto do mesmo artigo.

¹⁷¹ Vide DURVAL FERREIRA, *idem*, página 445.

Cumpra desde já dizer que o artigo 55º do Código dos Direitos de Autor¹⁷² exclui, de forma inquestionável, a possibilidade de os direitos de autor poderem ser usucapidos dada a sua natureza extremamente pessoal.

Já no que toca aos direitos de propriedade industrial, a doutrina e jurisprudência não são unânimes, vindo a dúvida a persistir por não se excluir de antemão que estes direitos não possam ser objeto de atos de domínio ou, por isso mesmo, coincidentes com o *corpus* necessário para que possa falar-se em posse. Estando, esta verificada, a usucapião impor-se-ia como um seu efeito inelutável.

Ora, já o fomos dizendo – e a este tema haveremos de voltar – que a posse deve ser tomada por referência a coisas e não a direitos. No entanto, também pugnamos por uma interpretação mais *atual* da noção de coisa, pelo que ao invés de nos encaminharmos no sentido do disposto no parágrafo 90º do *Bürgerliches Gesetzbuch* – que estabelece que coisa enquanto objeto corpóreo – somos levados a crer que aqui se poderão subsumir as categorias de coisas imateriais, relacionadas, nomeadamente, com os sobreditos direitos. Nesta sequência, permitir-se-ia serem objeto de posse, desde que verificado o *animus*, que não nos parece que sofresse alterações face ao exigido para as coisas materiais, e o *corpus*, que em vez de se assumir como um poder de facto apresentaria contornos mais jurídicos (precisamente por ser de uma forma próxima a esta que o proprietário destes direitos procede).

Apesar de não vermos incongruências com o sistema de que estes direitos possam ser usucapidos, tendemos a pensá-los excluídos deste conjunto.

Com a vigência do anterior Código da Propriedade Industrial¹⁷³ inúmeros autores refletiram sobre esta questão, tendo chegado a conclusões díspares¹⁷⁴: havendo quem pugnassem pela sua inclusão no leque de direitos passíveis de usucapião e outros que, pelo contrário, os rejeitavam.

Quanto a nós, e atendendo logo ao disposto no artigo 1º do novo Código, tendemos a acompanhar os autores que rejeitam a sua usucapabilidade, na medida em que se se diz que as disposições daquele diploma visam disciplinar e regular a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privados, não nos parece como possam ser estes usucapidos sem que seja mediante expedientes de concorrência desleal. A somar a esta disposição, encontramos

¹⁷² Aprovado pelo Decreto-Lei 63/85, de 14 março e alterado, por último, pela Lei 92/2019, de 4 de setembro.

¹⁷³ Aprovado pelo Decreto-Lei 36/2003, de 05 de março e revogado pelo Decreto-Lei 110/2018, de 10 de dezembro, que também aprovou o Código ora vigente.

¹⁷⁴ Entre nós, e por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...*, na respetiva anotação ao artigo 1251º.

resposta no artigo 30º/1, na medida em que estabelece que os direitos de propriedade industrial podem ser transmitidos, total ou parcialmente, de forma gratuita ou onerosa: já discorremos sobre este assunto e concluímos que o conceito de transmissão se encontra umbilicalmente ligado à ideia de aquisição derivada, e portanto à passagem subjetiva de um direito de uma para outra pessoa, situação que em nada se assemelha ao que acontece com a usucapião.¹⁷⁵

4.2. UNIVERSALIDADES¹⁷⁶

Como vimos dizendo, e contrariamente ao estatuído no artigo 774º do anterior Código, o legislador português só permite, hoje, que se possuam coisas¹⁷⁷ e já não direitos, como anteriormente sucedia.

Apesar de termos descrito a herança como uma universalidade de direitos, porque composta por *coisas, direitos e obrigações*¹⁷⁸, não se deslinda qualquer obstáculo à sua aquisição por usucapião; muito embora a possibilidade da sua aquisição plena e unívoca seja duvidosa.

Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, admitindo a usucapabilidade da herança, concretizam que esta só poderá ocorrer caso os bens que a compõem sejam *considerados autonomamente*; e, também assim pensara Manuel Rodrigues¹⁷⁹. Não vemos por que discordar, se bem que a este assunto voltaremos brevemente.

¹⁷⁵ Pretendemos, apenas, ressaltar que não discorremos com a profundidade desejada sobre este assunto, uma vez que se afasta do cerne da nossa investigação; pelo que todas as convicções que apresentámos – e respetivos argumentos – sempre estarão, quanto a nós, abertos à discussão e à prossecução de melhores opiniões. No entanto, afirmamos convictamente que entendemos que o legislador não deveria ter-se absterido de resolver esta dúvida, que desde há muito vem dividindo a doutrina e jurisprudência; seguindo o exemplo do que fez com a (*Nova*) Lei dos Baldios e demais meios de produção comunitários.

¹⁷⁶ Embora de fácil conclusão, cumpre-nos dizê-lo: só abordaremos neste ponto a questão da herança, por ser o tema relevante para o presente estudo. Não obstante, tudo quanto dissermos poder-se-á aplicar às demais universalidades, por imposição da própria *ratio* do instituto.

¹⁷⁷ Claro está – e já o dissemos – que este conceito não é unívoco, mas antes suscetível de discussão doutrinária que conduzirá a resultados distintos conforme a interpretação mais ou menos tradicionalista que se siga.

¹⁷⁸ Assim PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na anotação ao artigo 1251º, *opere citato*.

¹⁷⁹ *In A posse: Estudo de Direito Civil Português*, 2ª edição revista e atualizada, página 160, onde se pode ler que [n]as universalidades são ainda as coisas isoladamente que constituem o objeto das relações jurídicas, e que portanto constituem o objeto da posse.

5. PRESSUPOSTOS – REMISSÃO

Vimos, há muito, enunciando que os pressupostos da usucapião são três, ou quatro. A saber: a posse, à imagem de um direito real, ao longo de um período de tempo fixado pela lei. Esclarecemos, também, que a existência do quarto pressuposto, relativo à inércia do titular do direito, não é consensual.

Apesar da sua aparente simplicidade, cada um destes requisitos implica uma série de especificidades, cuja reunião se mostra imprescindível para uma invocação bem-sucedida.

Posto isto, entendemos que por razões de coerência e boa organização da questão, se torna preferível dedicar um *ponto* a cada um deles, abordando, assim, tudo o que sobre cada um se mostrar imprescindível. É o que faremos de seguida, seguindo de perto a letra da lei.

6. POSSE

Apesar de não poder falar-se em usucapião sem ter presente a ideia de posse, o inverso não se aplica. Atendendo ao disposto no artigo 1293º do Código Civil é possível inferir que não basta que estar perante uma existência de posse para que possa concluir-se necessariamente pela usucapião; isto porque nada obsta a que a posse seja reconhecida tão-só para efeitos de defesa possessória, como parece acontecer com os casos previstos naquele artigo, isto é, quanto às servidões não aparentes e aos direitos de uso e habitação.

Muito embora não seja fácil defini-la, o legislador civil procurou fazê-lo no artigo 1251º daquele Código, em que prescreve que a atuação *por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real* corresponderá a uma situação de posse, na linha dos preceitos romanistas. Diferentemente, o Código de Seabra consagrava, no seu artigo 774º, uma noção de posse relativa a quaisquer direitos, mesmo que não incidentes sobre coisas e por isso possível de incidir sobre direitos de crédito¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Ainda hoje se encontram resquícios desta ideia – que, por sua vez, remonta aos contributos que os povos germânicos medievais e os pensadores canônicos deram ao ainda vigente direito romano-, patentes, por exemplo, no que toca a cargos públicos, nobiliárquicos ou académicos; mas também em matérias fiscal ou do estado das pessoas; ainda que o seu significado atual se afaste do de outrora.

Ora, se quanto aos direitos reais de gozo não há dúvidas de que passíveis de posse, o mesmo não se pode dizer dos direitos reais de garantia ou de aquisição.

O entendimento geral vai no sentido da exclusão da posse dos direitos reais de garantia, porquanto acessórios de direitos de crédito, cuja manutenção sempre dependerá da subsistência destes, razão pela qual se deu o seu afastamento expresso do leque de direitos usucapíveis. Por outro lado, o facto de haver necessidade de exteriorizar – no artigo 670º/1 do Código Civil - a possibilidade de o credor pignoratício dispor de ações de defesa da posse, parece fazer crer que se trata de uma situação excecional, que jamais teria lugar se não houvesse previsão expressa¹⁸¹.

Esta orientação é comum aos direitos reais de aquisição, até porque a letra da lei é clara quando dispõe que a posse implica um exercício comparável ao exercício subjacente a um direito real. É, pois, fácil de ver que, em regra, os direitos reais implicam um exercício duradouro, em referência ao qual se apura a existência, ou não de posse; no caso dos direitos reais de aquisição, na medida em que se exercem *de uma assentada*, não permitem nem posse, uma vez que ao esgotarem-se logo assim que ocorre o seu exercício, não podem dar lugar a um exercício comparável.

QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Precisamente por não olvidar a importância incomensurável que detém no nosso ordenamento jurídico, no que tange à proteção de um possuidor que não possa, com certeza, afirmar a sua titularidade mas também como veículo de aquisição desta, Santos Justo¹⁸²

¹⁸¹ Assim HENRIQUE MESQUITA, *apud* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ibidem*. No entanto, não há consenso na doutrina, como nos dá conta LUCIANA LOURENÇO, *opere citato*, páginas 59 e seguintes, e bem assim há quem veja ser possível possuir tendo direitos reais como referência. Desta feita, autores como Orlando de Carvalho excluem, claramente, a possibilidade de haver posse nos termos de direitos como a hipoteca ou privilégios creditórios, devido à falta de contacto com a coisa; bem como a consignação de rendimentos, ainda que neste caso seja por expressa determinação legal que equipara o credor ao locatário. Porém, admitem-na quanto ao penhor e direito de retenção, argumentando, para o efeito, que nestes casos os credores dispõem de um poder de facto sobre a coisa, coincidente com o necessário *animus possidendi* (que na perspectiva deste Professor não corresponde ao poder de usar e fruir a coisa, mas antes àquele poder de facto e disponibilidade empírica da mesma). *Vide*, ORLANDO DE CARVALHO, *opere citato*, páginas 271 e 272. Quanto ao *animus* poderá ser inferido do tipo de atuação que os credores exercem sobre a coisa, intimamente relacionada com a integral e exclusiva satisfação do seu crédito. A somar a estes argumentos, é, ainda apontado o teor do artigo 670º/a do Código Civil (que por remissão dos artigos 758º e 759º/3 da mesma lei se aplicam, também, ao direito de retenção), que utiliza a expressão *direito de usar*, ao invés de *pode usar*, como sucede em outras disposições legais, relativas a direitos de crédito ou pessoais de gozo.

¹⁸² *In Direitos Reais*, página 150.

define a posse como *um bem no presente e um sinal no futuro: um índice do próprio direito, para o qual se encaminha*. Não conseguimos pensar em melhor definição, porquanto bem demonstra o peso que deve ser dado à posse, em face da sua utilidade para a paz jurídica – como, aliás, procurámos demonstrar –; muito embora dê lugar às discussões doutrinárias e jurisprudenciais incontornáveis.

Nesta sequência, uma *vexata quaestio* prende-se com a natureza jurídica da posse.

Sem grandes delongas – e de uma forma um tanto quanto simplista – é possível dividir os autores entre os que entendem a posse como um direito (real ou subjetivo) e os que o não fazem, por a considerarem tão-só um mero facto. Claro está que esta questão não é nova e é conhecida, pelo menos, desde a Escola dos Comentadores, com Bártolo, sem que se deslinde uma solução unívoca, visto que as fontes romanas permitem sustentar uma ou outra posição: se para Paulo *possessi est res facti, non juris*; para Papiniano *non est corporis, sed juris*.

Independentemente da orientação seguida certo será que basta o reconhecimento da posse como situação de facto para que seja possível a sua defesa judicial¹⁸³, isto porque é elementar que, num Estado de direito democrático, como é o nosso, se reconheça a possibilidade de qualquer cidadão poder recorrer à justiça e aos tribunais para defender as suas pretensões legítimas, mesmo que estas se alicercem em poderes e situações de facto, que neste caso passam não só pela posse presente mas, também, por continuar a possuir.

Entre os autores que a veem como um direito, pode apontar-se Mota Pinto¹⁸⁴ para quem a posse é mais do que um mero facto e por isso a rotula como *direito real provisório*, na medida em que por ser hereditária, alienável e registável confere poderes sobre a coisa tutelada pelo sistema jurídico e por isso assume-se como uma garantia jurídica para o seu titular, mediante os expedientes elencados nos artigos 1276º e seguintes do Código Civil. Mais acrescenta que estes poderes lhe são conferidos apenas por ser possuidor, ainda que não haja um qualquer direito real subjacente¹⁸⁵. Por isto mesmo, para este Autor, não se

¹⁸³ Veja-se, neste sentido, DURVAL FERREIRA, *idem*, página 65.

¹⁸⁴ Vide, *idem*, páginas 127 e seguintes.

¹⁸⁵ Razão pela qual alguém que se tenha apropriado indevidamente de uma coisa, quer por a ter encontrado quer, até, por a ter furtado, dispõe destes mesmos poderes. Apesar de, nestes casos, a solução parecer injusta há a dizer que na maioria das vezes não é assim que acontece: ao invés, por norma, o possuidor e o proprietário são a mesma pessoa. Nestes casos e como já se demonstrou, parece da maior justiça que este sujeito se possa servir da posse (mais não seja para evitar a prova diabólica); daí ter sido esta a solução com que o legislador nos presenteou. Por outro lado, impõe-se que digamos que a posse sempre o será desde que exista uma relação

vislumbra solução diferente que não a do reconhecimento da posse como um direito real, devido à sua eficácia *erga omnes* e aos poderes sobre a coisa conferidos ao possuidor; ainda que de caráter provisório, uma vez que estes, mesmos, poderes e proteções só terão lugar se e enquanto não se apurar a titularidade do direito real em questão.

Muito próxima desta doutrina é a de Manuel Rodrigues que vê a posse como um direito real por envolver um poder direto e absoluto sobre determinada coisa, o que sempre se traduzirá na possibilidade do titular exigir a todos os sujeitos da comunidade jurídica que se abstenham de praticar quaisquer atos que contenham com os que o direito por referência ao qual possui implica.

Nos mesmos termos, parece alicerçar-se Santos Justo que vê na posse um poder que se exerce de forma direta e imediata sobre uma coisa, que origina direitos e permite a satisfação do seu titular e por isso protegida pelo direito; pelo que tende a encaminhar-se em sentido coincidente com os supracitados autores, ao defender a classificação da posse como direito real de gozo, ainda que provisório.

Também nesta linha, Henrique Mesquita perspetiva a posse como um direito, sem que, no entanto, deixe de reconhecer que primeiramente se configura como um facto que há de ser *recebido pelo direito que lhe atribui diversos efeitos, independentemente de qualquer indagação sobre a existência (...) do direito real correspondente*¹⁸⁶. No entanto, este autor entende que a posse tem caracteres especiais que suscitam a sua qualificação como um direito subjetivo de natureza real, na medida em que diversamente do que acontece na generalidade dos direitos reais, o facto gerador do direito de posse tem de acompanhar permanentemente o direito em questão, que se extinguirá quando cessar esse mesmo facto. Contudo, concorda com Mota Pinto e defende a natureza provisória do direito de posse.

Num outro prisma, há uma miríade de autores que, apesar de algumas especificidades que comportam determinadas exceções, se encaminham no sentido de ver a posse como um direito subjetivo ou relativo.

de *apoderamento dum sujeito com uma coisa (...), à imagem objetiva e subjetiva de um direito real de gozo*, pelo que se mostra indiferente que este exista ou não. O mesmo é dizer, com Oliveira Ascensão, que a posse é agnóstica. Para maiores desenvolvimentos, *vide* DURVAL FERREIRA, *idem*, página 68.

¹⁸⁶ *Vide* a citação que SANTOS JUSTO, *idem*, página 170 faz dos seus ensinamentos.

Carvalho Fernandes, mesmo sem deixar de a qualificar como um direito, diz da posse ser um direito subjetivo, visto que os poderes que esta comporta são atribuídos a uma pessoa, com o intuito de lhe permitir realizar interesses particulares lícitos.

Assim, Oliveira Ascensão, para quem a posse era na vigência do Código do Marquês de Seabra um verdadeiro direito real, visto que as ações de restituição podiam ser propostas contra o esbulhador ou para quem este houvesse transferido a posse; entende-a, na vigência do coevo Código, como tendo perdido esta natureza, na medida em que hoje a defesa da posse só pode ser exercida contra sujeitos em relação aos quais se verifique um vínculo particular não sendo, por isso, oponível *erga omnes*.

Já Menezes Cordeiro entende que a posse tanto pode ser um direito como um facto, mediante a forma como seja tomada. Será um facto enquanto controlo material de uma coisa, ao qual a lei atribui determinados efeitos. De entre esses efeitos, poderão contar-se a permissão para aproveitar a coisa em questão, mas também mecanismos de defesa desta; sendo que nestes casos *tudo isso é verificado numa situação jurídica chamada posse, a qual surge como um direito subjetivo*¹⁸⁷, reconhecendo que a posse não será um direito real; ainda que não descarte que, em determinadas situações, possa ser vista como um direito de gozo diferenciado.

Por fim, há, ainda, doutrina para quem a posse não encaixa em nenhuma das já aludidas qualificações.

Falamos de Orlando de Carvalho, para quem a posse, embora juridicamente relevante, é apenas uma situação de facto ou, inclusivamente, um *antidireito, algo que é a negação do direito*¹⁸⁸, ainda que daí possa desabrochar um verdadeiro direito real¹⁸⁹; comparando-a, então, ao casamento putativo, à união de facto ou à ausência. O autor vai mais longe e avança dizendo que reconhecer a posse como um direito subjetivo acaba por turbar a distinção entre aquele conceito e os que se prendem com a sua defesa.

Seguindo-o de perto, Durval Ferreira deixa claro que, na sua ótica, a posse não pode deixar de ser um mero facto juridicamente relevante, porquanto os meios da sua defesa mais não são do que uma exteriorização do direito de ação, motivada por conta de uma situação de facto, porque situações que pudessem ser entendidas como um direito aos frutos não têm

¹⁸⁷ *Ibidem*, página 171.

¹⁸⁸ *Ibidem*, página 172.

¹⁸⁹ Nomeadamente através da invocação da usucapião.

lugar na posse de má fé e porque o que se passa com as benfeitorias mais não será do que um princípio geral de não locupletamento.

ESTRUTURA

Por outro lado, o texto da lei parece-nos claro ao cindir a posse em dois elementos fundamentais: a atuação, enquanto manifestações fáticas de um certo domínio sobre a coisa, e a respetiva correspondência ao exercício que o titular de um direito real faria do seu direito. Contudo, esta orientação não é consensual.

Windscheid e Savigny defendiam – com base na *possessio rei* romana - que a posse era integrada por dois elementos, o *corpus* e o *animus*. O primeiro tinha que ver com o domínio de facto sobre a coisa, ao passo que o segundo tinha que ver com a intenção de exercer esse mesmo domínio, como se de um verdadeiro direito real se tratasse. Ao reconhecer esta cisão os autores não pretendem minorar o elemento fático ou prescindir dele; ao invés, exigem o reconhecimento do *animus*, *em biunivocidade*¹⁹⁰, até porque o que releva não é a intenção do agente, *per se*, mas, antes, a forma com esta intenção condiciona e se manifesta na sua conduta exterior.¹⁹¹

Por outro lado, Ihering¹⁹², considerando que as intenções subjetivas com que se exerce um direito não interessam às ideias de direitos reais, propôs uma visão objetivista da posse, cuja atenção se cinge aos poderes que o possuidor exerce, porquanto entende que a intenção do sujeito assim agir está implícita nos poderes que exterioriza, desde que estes se assumam como suficientes para explorar e aproveitar a utilidade que a coisa proporciona¹⁹³. E assim acontece porque não reconhecendo a existência de um *animus*, o *corpus* – enquanto manifestação do domínio de facto sobre uma coisa – terá que ser de preenchimento mais exigente do que seria na conceção subjetivista, porque só desta forma se resolverão eventuais dúvidas que resultem da atuação do possuidor mas também porque só com base nesse comportamento se conseguirá provar uma posse efetiva.

¹⁹⁰ Assim, DURVAL FERREIRA, *idem*, página 16.

¹⁹¹ Só dizer – e já valendo para o que *infra* referiremos – que a exigência do *animus possidendi* não fica afetada ou posta em causa se este for atingido mediante presunções, como a que o artigo 1252º/2 (primeira parte) do Código Civil contempla.

¹⁹² Trata-se, pois, da posição que acabou por pautar o regime do Código Civil alemão de 1900.

¹⁹³ Entre os seus discípulos podem apontar-se algumas divergências: enquanto para alguns basta que, ao sujeito, seja possível agir para que possa falar-se em posse, para outros é necessária a prática de atos materiais.

Também entre os autores portugueses não há unanimidade em oferecer uma resposta relativa à estrutura da posse¹⁹⁴.

Assim, Oliveira Ascensão vem defendendo que as concepções subjetivistas se revelam *ficciosas*, porque apesar de se basearem numa vontade *acabam por se bastar na generalidade dos casos com um elemento objetivo (...) não dando nenhuma relevância à vontade real do sujeito*¹⁹⁵, reforçando, ainda, que a lei tem, à exceção do artigo 1253º/a, um carácter marcadamente objetivista (e vai mais longe ao defender que também o teor daquele artigo pode ser encaixado nessa visão da posse¹⁹⁶).

Próxima é, também, a doutrina de Carvalho Fernandes para quem não pode inferirse da noção legal de posse um elemento intencional; pelo que defende que havendo *corpus* haverá *animus*, a menos que a atitude do possuidor demonstre claramente que este pretendia agir sem *animus possidendi*.

Menezes Cordeiro aproxima-se-lhe ao entender que à exceção da alínea a) do referido artigo, o sistema português parece ter querido cunhar a posse com referência a uma estrutura objetivista; e fá-lo por entender que a consideração de *estados de alma* em nada deve interessar ao direito, por se tratarem de assuntos para a moral¹⁹⁷. Não sem antes tecer críticas a quem reviu o Código Civil e com ligeireza deixou passar um artigo que contradiz o sistema, o autor acaba por solucionar esta aparente contradição fazendo encaixar nas hipóteses aí previstas tão-só as que se prendam com o exercício de poderes de facto sobre bens do domínio público, por se tratarem de situações em que *o poder de facto foi adquirido em termos tais que a própria lei afasta a posse*¹⁹⁸.

Em sentido oposto, Pires de Lima e Antunes Varela referem que muito embora o artigo 1251º do Código Civil não permitir inferir da necessidade de *animus*, poder-se-á chegar a esta conclusão mediante a análise conjugada das demais normas legais, mormente do

¹⁹⁴ Apesar de não se poder falar em unanimidade, a grande maioria dos autores civilistas coevos do Código de Seabra pugnava que este continha uma orientação subjetivista.

¹⁹⁵ Vide, *Direito Civil. Reais*.

¹⁹⁶ Para melhores desenvolvimentos, vide SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, página 155.

¹⁹⁷ Ademais, o facto de ser reconhecida a posse por incapazes e de esta poder ser adquirida por via sucessória e por isso sem qualquer *animus* levam o autor a criticar ferozmente a doutrina subjetivista. E, mais ainda, porque não se percebe como alguém que *voluntariamente exerça o poder de facto* poderá exteriorizar uma vontade contrária. Para mais desenvolvimentos, vide DURVAL FERREIRA, *idem*, páginas 31 e seguintes.

¹⁹⁸ Reproduzimos a citação que SANTOS JUSTO, *ibidem*, faz das suas palavras.

artigo 1253¹⁹⁹. Mais afirmam que, por isso mesmo, o *nosso legislador* não pretendeu seguir a tendência de outros códigos estrangeiros e acabou a rejeitar a concepção objetivista. Assim, e para que haja posse, mostra-se imprescindível que *o detentor* [demonstre] *a intenção* (*animus*) *de exercer, como seu titular, um direito real sobre a coisa e não um mero poder de facto sobre ela*²⁰⁰. Estes Mestres não olvidam, contudo, que o legislador dispensa atenções e permite a defesa possessória - por razões de equidade - a situações de mera detenção²⁰¹; o que faz com que concluam que, em termos práticos, as diferenças face aos regimes objetivistas - talvez - não sejam tantas quanto, à primeira vista, pudessem parecer.

Orlando de Carvalho - e Santos Justo na sua linha -, por sua vez, refere não ter dúvidas quanto à consagração de um sistema subjetivista e baseia essa conclusão na letra dos artigos 1251²⁰² e 1253º do Código Civil; pelo que entende que o *animus* não releva por si só, mas, antes, como expressão suficientemente inequívoca que pauta a própria atuação de facto. No entanto, não deixa de reconhecer as influências objetivistas²⁰³ que vão perpassando o regime da posse - pelo que diz perceber o porquê desta ser uma matéria geradora de tantas dúvidas - pelo que acaba por defini-lo como *não* [sendo] *pura e simplesmente um sistema objetivo, mas (...)* [com] *uma tendência geral para objetivar o mais possível o sistema da posse*²⁰⁴.

Por fim, Mota Pinto também é da opinião que o Código Civil português acolheu uma *posição subjetivista*, porquanto dos seus artigos 1251º e 1253º se conclui pela necessidade da reunião do *corpus* com o *animus possidendi*, sob pena de estarmos perante uma mera detenção ou posse precária. Ainda que, por *disposições ad hoc a lei* [tenha concedido] *tutela possessória (...)* *a meros detentores ou possuidores precários*.²⁰⁵

Também nós tendemos a encaminhar-nos no mesmo sentido que estes últimos autores. Parece-nos, pois, que o legislador nunca procurou plasmar um sistema objetivista. Ao invés, pretendeu exigir que, para que se possa, com verdade, falar em *posse*, possa ser

¹⁹⁹ Regime idêntico constava do artigo 1140º do Código Civil italiano de 1942.

²⁰⁰ Vide a anotação ao artigo 1251º do seu *Código Civil Anotado*.

²⁰¹ Nomeadamente as previstas nos artigos 1037º/2, 1125º/2, 1133º/2 ou 1188º/2 do Código Civil. No entanto, daí não pode concluir-se que estes direitos pessoais de gozo possam ser, genericamente, entendidos como suscetíveis de posse; até porque basta dizer-se que se trata de situações excecionalmente previstas e já não decorrências imediatas da *ratio* do sistema jurídico.

²⁰² E, mais concretamente, no trecho [atua] *por forma correspondente*.

²⁰³ E exemplifica apontando, precisamente, as situações referidas por Pires de Lima e Antunes Varela.

²⁰⁴ Vejam-se as suas palavras, *apud* SANTOS JUSTO, *Direitos Reais...*, página 157.

²⁰⁵ Confronte-se com MOTA PINTO, *idem*, páginas 189 e seguintes.

imputada, ao sujeito possuidor, uma atitude e um propósito específicos, generalizadamente sintetizadas como *animus*.

Claro está que não olvidamos que, mesmo nos casos em que não se verifica este elemento intencional, pode ser conferida tutela e proteção nos exatos termos em que o é para os possuidores plenos. Contudo, mais não são que situações excepcionais que só têm esta solução por remissão expressa para aquele regime, e que se deve à frequência com que acontecem atropelos no âmbito daquelas concretas relações jurídicas e, bem assim, por o detentor se encontrar numa situação mais *desprotegida*, a que, por razões de equidade e justiça social, urgia dar solução.

Reconhecemos, com Menezes Cordeiro, que a posse pode ser exercida por quem não disponha de capacidade de gozo e exercício de direitos. No entanto, parece-nos que o artigo 1266º do Código Civil – apesar de prescindir de uma vontade iluminada – não dispensa que o *incapaz* denote um mínimo de razão, ou seja, ainda que de forma mínima há de poder ser-lhe imputado determinado comportamento enquanto decorrência da sua vontade. Por outro lado, e quanto à sucessão na posse, não nos parece que haja, aqui, qualquer incongruência ou falta de intuito possessório: o herdeiro sucederá na posse do *de cujus* mesmo antes de aceitar a herança que a comporta, mas esta sempre será uma posse legal, *ad hoc*, como infra diremos.

Por tal, sistematizaremos o nosso estudo por forma a abordar quer o *corpus* quer o *animus* que a posse exige, enquanto seus elementos fundamentais e fundantes.

6.1. CORPUS

Já se viu que independentemente da posição que sufraguemos, se mostra absolutamente indispensável a existência de um *corpus* possessório. Apesar de o seu conteúdo poder variar²⁰⁶, o *corpus* sempre se assumirá como um elemento material, quer se trate de atos coincidentes com poderes de detenção e que passam por, por exemplo, *guardar a coisa em seu poder, conservá-la, guardando-a (...) ou ocupando-a* ou com a fruição da mesma, *mediante a recolha das vantagens económicas desta*²⁰⁷.

²⁰⁶ Como, inclusivamente, já demonstrámos aquando do confronto entre doutrinas subjetivistas e objetivistas.

²⁰⁷ Assim, MOTA PINTO, *idem*, páginas 181 e 182.

Deste modo, corresponde à atuação de poderes de facto exercidos sobre determinada coisa, nos termos permitidos pela lei para os direitos reais objeto de posse. Ora, isto não significa que um contacto físico permanente entre o sujeito e a coisa²⁰⁸: basta que estes poderes se possam encaixar – ainda que virtualmente – no âmbito da sua disponibilidade.

Ademais, a lei reconhece isto mesmo: ao permitir, no artigo 1252º do Código Civil, que a posse seja exercida por intermédio de outrem, sem que isso signifique todos os efeitos jurídicos deixem de se repercutir na esfera jurídica do possuidor: assim, o detentor mantém contacto direto com a coisa (que faz sob a direção do primeiro) e o possuidor retirará daí as vantagens e frutos, como sucede nos casos da locação, depósito ou comodato. Não obstante, o número 2 daquele artigo estabelece uma presunção no sentido de uma posse em nome próprio, que se deve vistas as dificuldades práticas em provar que a posse em nome próprio não coincide com o direito.

Por fim, não podemos deixar que dizer que, claro está, o conteúdo destes poderes de facto é extremamente variável, dependendo do concreto direito em referência ao qual se possui e às utilidades que a coisa proporciona.

6.2. ANIMUS

Gerador de inenarráveis polémicas e celeumas, o *animus* é, para nós, um elemento fundamental da posse, sem o qual não pode convocar-se este conceito, uma vez que se se dispensasse o sujeito de determinada intenção e atitude, atos banais do quotidiano podiam ser juridicamente rotulados como de posse, ainda que não merecessem a tutela que daí adviesse²⁰⁹.

Assim, é necessário que para além do exercício de poderes de facto, o possuidor demonstre a intenção de o fazer como se um verdadeiro titular de direitos reais se tratasse, e

²⁰⁸ Diferentemente do que acontece nos casos de mera detenção, que abordaremos *infra*. Ou, no dizer de MASCARENHAS ATAÍDE, *Sobre a distinção entre posse e detenção*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 75º, nº 1 e 2, [é] extremamente duvidoso que, mesmo em tempos primitivos, a posse (...) tenha exigido uma situação de efetivo domínio físico sobre uma coisa. Independentemente desta abordagem histórica – que nos abstermos de abordar, por fugir ao objeto do nosso estudo – podemos convictamente afirmar que esta solução se deve ao facto de, em Portugal, ter sido acolhida a doutrina subjetivista de Savigny que, como se procurou demonstrar, ao implicar a verificação de *corpus* e *animus* acaba por permitir uma simplificação ou alívio do grau de exigência daquele primeiro elemento.

²⁰⁹ Esta ideia é confirmada porque, até, no âmbito do senso comum não se poderia fazer essa associação, porquanto qualquer sujeito reconheceria tratar-se apenas de um ato movido por uma coincidência temporal e espacial entre sujeito e coisa, sem qualquer pretensão que não a convivência e conveniência sociais.

não como apenas um sujeito com aquele leque de poderes de facto na sua disponibilidade empírica. Portanto, ao possuidor deverá poder ser imputada uma atitude de natureza psicológica coincidente com a vontade de assim atuar, nos moldes de um direito real, como, aliás, se pode inferir do disposto no artigo 1253º do Código Civil.

Apesar de ser um elemento autónomo do *corpus*, não vale por si só. Como dissemos, o *animus* releva desde que se possa deslindar aquando da atuação do possuidor: não basta, pois, que haja uma intenção psicológica e interna do sujeito; urge que esta seja manifesta com o exercício dos seus poderes, por forma a que, de um modo mais ou menos claro, a comunidade jurídica possa reputar aqueles atos aos poderes que um titular de um direito real poderia exercer. Destarte, excluem-se os *atos facultativos* – outrora previstos no artigo 474 §1 do Código de Seabra -, que devido à inércia do titular, fazem com que a um sujeito seja possível *aproveitar-se de certas vantagens que sobre o seu direito recaem (...), seja por não praticar certas faculdades que do próprio conteúdo do seu direito imanam (...), permitem que outrem, respetivamente, as aproveite e delas beneficie enquanto aquela inércia se mantiver*²¹⁰; seja ainda porque os atos são praticados com mera tolerância do titular. Claro está que nestes casos, não pode falar-se de uma verdadeira situação de posse, uma vez que logo assim que o titular do direito real se decida pela prática dos atos práticos que o seu direito comporta ou que deixe de tolerar semelhantes atuações, aquelas possibilidades cessam para os demais indivíduos.

Isto não quer dizer que se lhe exija um *animus domini* (enquanto exercício do direito propriedade, em nome próprio), dado que se admite posse em relação a direitos reais que não a propriedade, mas *animus possidendi* (enquanto adaptação daquele), por acolher sob si a miríade de direitos que permitem a posse.

Ao assumir-se como um *potis sedere* ou *sentar-se como dono*²¹¹, a posse sempre implicará uma específica atitude do sujeito, integrada numa atitude biunívoca entre *corpus* e *animus*. Não basta, pois, exercer poderes *reais*, é necessário que desse exercício se infira a intenção do sujeito assim agir; da mesma forma que não basta que este demonstre determinada intenção ou vontade de domínio, sendo necessária a sua exteriorização em atuações de facto.

²¹⁰ Vide LUCIANA LOURENÇO, *ibidem*, página 32.

²¹¹ No dizer de ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, 1ª edição, página 262.

Levantam-se, porém, algumas questões relacionadas com o *conteúdo do animus*.

Em primeiro lugar, este não pode ser confundido com a ideia ou convicção de se ser titular de um determinado direito real²¹², nem com a intenção de exercer sobre a coisa poderes no próprio interesse. Ao invés – e já exaustivamente se referiu – o *animus* passará pela intenção de agir como titular *de um direito a que o exercício do poder de facto se refere*²¹³.

Ora, aqui chegados surge uma outra dúvida: esta intenção, ou vontade, deve ser apurada em concreto, atendendo às particulares condições de cada situação ou, pelo contrário, deve ser aferida como uma vontade normal, abstratamente considerada por referência aos poderes que o direito nos termos do qual se possui oferece?

Mais uma vez, as doutrinas de Savigny e Ihering oferecem respostas dissidentes. Se o primeiro se encaminha no sentido de propagar uma *vontade concreta*; o segundo pugna pela defesa da *vontade abstrata ou da causa*, descortinando o *animus* através da relação jurídica que fundamenta a posse.

Manuel Rodrigues, seguindo Ihering, acrescenta que o *animus* não pode aferir-se em concreto, visto *que se assim fosse, o que exercia o poder físico tinha a faculdade de criar a seu arbítrio a posse ou de a transformar, quando a tivesse, em detenção*²¹⁴, sem prescindir das dificuldades que isso acarretaria para a sua prova. Também Oliveira Ascensão²¹⁵ assim pensa, tanto que se refere à ideia savignyana como *ficciosa*.

Muito embora não olvidemos a importância do *animus possidendi*, tendemos a entender o seu conteúdo na linha de Ihering. Reconhecemos que de outro modo, provar a existência deste elemento seria de uma dificuldade atroz²¹⁶, porquanto seria necessário conhecer minimamente o modo de proceder e pensar de cada um dos sujeitos para que se conseguisse responder se, em cada concreta situação, a intenção de agir daquela específica forma se

²¹² Se assim fosse, não se poderia admitir a posse de má fé porquanto o possuidor sabe que ao proceder como procede está a lesar o direito de outrem e, por isso mesmo, sabe, também, que o direito nos termos do qual possui lhe não pertence.

²¹³ Vide, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*.

²¹⁴ Apud HELENA PINTO, *opere citato*, página 20.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ Também assim o VISCONDE DE SEABRA, para quem ninguém poderia adivinhar o ânimo com que se detém uma coisa, o qual apenas se pode revelar pelos factos consequentes, visto se tratar de um facto psicológico que se não pode conhecer *a priori*. Foi precisamente por saber da dificuldade de prova que a vontade concreta implica, que o legislador previu a presunção derivada do *corpus*; o que só vem acalantar a dúvida relativa à opção tomada no que ao *animus* respeita, visto que não seria descabido pensar que esta presunção surge na sequência de uma opção pela vontade concreta do possuidor e respetiva tentativa mitigação da sua dificuldade. Ressalvar, apenas, que não pretendemos com este esclarecimento manifestar a nossa concordância com esta linha de pensamento.

encontrava, ou não, preenchida. Ademais, o artigo 1252º/2 do Código Civil estabelece uma presunção, *iuris tantum*, de posse em nome próprio por parte daquele que exerce o poder de facto²¹⁷ e não nos parece que faça sentido que esta seja tomada em alusão a um sujeito concreto se a lei, no artigo anterior, impõe a necessidade de atuar como se titular de verdadeiro direito real se tratasse.²¹⁸

DISTINÇÃO DA MERA DETENÇÃO

Face ao que expusemos e à doutrina subjetivista de posse que sufragamos, pouco há a acrescentar acerca da detenção. Claro está que se subscrevêssemos uma teoria objetivista menos haveria a dizer: uma vez que os autores que a subscrevem apenas consideram, para a existência de posse, o *corpus*, a detenção – como categoria autónoma – não existiria, visto que seria totalmente coincidente com a própria noção de posse.

De uma forma simplista, esta cingir-se-á a todas as situações, em que não se verificando *animus possidendi*, determinada pessoa exerce poderes de facto sobre uma determinada coisa, nos termos do artigo 1253º/a do Código Civil.

Também Pires de Lima e Antunes Varela entendem nestes termos: reconhecendo que as três alíneas do artigo 1253º do Código Civil nem sempre podem ser reconduzidas a situações distintas, os Mestres sintetizam o teor e intuito do artigo como relativo a todas as situações em que falte o *animus possidendi*; e justificam a tríplice divisão por razões de cautela legislativa.²¹⁹

Concordamos, pois, com estes ensinamentos: se o texto da alínea a) dá o mote para a definição de *detenção*, as alíneas b) e c) concretizam-no: a primeira porque relativa a atos de mera tolerância, isto é, atos que graças à inércia do titular do direito real ficam na disponibilidade de serem praticados por um indivíduo sem qualquer relação com a coisa²²⁰; e a segunda porque, como resulta do texto legal, exercida por alguém em nome do verdadeiro

²¹⁷ Veja-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no que à anotação do artigo 1252º/2 diz respeito.

²¹⁸ Para mais e melhores esclarecimentos, vide MASCARENHAS ATAÍDE, *opere citato*, páginas 95 e seguintes. Para aqui remetemos uma vez que explanar este assunto, com a merecida profundidade, conduzir-nos-ia a um afastamento do objeto do nosso estudo, a que não podemos atender.

²¹⁹ Confronte-se, o seu *Código Civil Anotado*, no trecho relativo ao suprarreferido artigo.

²²⁰ Tal e qual o estabelecido no artigo 474º§1 do Código de Seabra relativamente aos atos facultativos ou de mera tolerância, definidos como atos praticados por quem, por motivos de amizade, parentesco ou vizinhança faz com que se suponham praticados com o consentimento do titular do direito, devido, essencialmente, a questões de boa convivência.

possuidor²²¹, na esfera jurídica de quem se irão repercutir todos os atos que o seu representante pratique.

Ainda que a lei não confira direitos aos detentores, não raras vezes estende-lhes a tutela possessória devido a razões de justiça social, por saber da frequência com acontecem atropelos à sua situação jurídica.

NECESSIDADE DE POSSUIR EM PRÓPRIO

Em suma e procurando, apenas, mitigar as dúvidas ainda existentes, para que a usucapião possa ser bem-sucedida é, pois, necessária a existência de uma posse, em nome e no interesse próprio, em que *corpus* e *animus* coexistam numa relação de biunivocidade e interdependência.

Porém, apesar deste requisito, não há qualquer impedimento a que um sujeito inicialmente detentor, ou possuidor precário, venha a usucapir, por, entretanto, se ter tornado possuidor. Para tanto, basta que tenha conseguido inverter o título da posse, nos moldes e para os efeitos que em breve apontaremos; ou, ainda, que adquira a posse por uma das outras vias elencadas no texto da lei.

7. MANTIDA À IMAGEM DE UM DIREITO REAL

A usucapião é comumente apresentada como uma decorrência da posse, surgindo a par de outros efeitos, nomeadamente os que se relacionam com a defesa possessória. Por tal, o seu objeto não tem, necessariamente, o mesmo âmbito que o objeto da posse, até porque, como já demonstrámos, há direitos reais que, muito embora, suscetíveis de posse²²², são excluídos *ope legis* do leque da usucapabilidade.

Por outro lado, já procurámos demonstrar que é ínsito à ideia de *posse* que o sujeito exteriorize um específico comportamento (*corpus*), pautando a sua atuação por uma específica atuação, tomada por referência, ou à imagem, de um verdadeiro direito real (*animus*).

²²¹ Não raras vezes coincide com o sujeito de direitos pessoais de gozo, como são locatários, depositários, comodatários, entre outros.

²²² E, por isso, de defesa possessória.

Ainda que só lateralmente o tenhamos dito, fica implícito que não basta um ato isolado, ainda que intenso, para possamos falar em posse: os direitos reais têm vocação duradoura, pelo que é necessário que o possuidor aja nestes precisos tempos durante determinado lapso temporal.

Com efeito e antes que aludamos à necessidade de decurso do tempo, há precisões que se impõem: a posse tem de revestir determinado carácter que dê azo à consequência que aqui pretendemos tratar. Assim acontece, não só por razões legais, mas, essencialmente, por razões de coerência sistemática e de justiça comunitária.

7.1. PÚBLICA

A publicidade é uma necessidade inerente à ideia de direitos reais, pelo menos, nos moldes em que entre nós são concebidos. Apesar da sua transmissão se pautar por um princípio da consensualidade²²³ (artigo 408º/1 do Código Civil), que se traduz no facto de bastar o mero consenso dos sujeitos intervenientes para que os direitos reais se transmitam, o legislador português não olvidou que face ao valor normal das coisas a transmitir e da sua importância comunitária, seria da maior conveniência que a generalidade dos sujeitos tivesse conhecimento dos negócios e transmissões celebradas. Precisamente por isso, consagrou, no artigo 5º do Código do Registo Predial, um princípio de registo declarativo²²⁴ ou de *publicidade racionalizada*²²⁵, principalmente para as coisas imóveis.

Também nas aquisições originárias se exige (alguma) publicidade, o que se compreende na medida em que estas aquisições acabam por ferir ou, até, extinguir direitos reais anteriores, situados na esfera jurídica de outrem.

Nestes casos, já não se fala de registo, mas a lei terá que exigir sempre algum tipo de publicitação: concretize-se, ela, mediante um aviso público, como sucede nos casos de ocupação (artigo 1323º do Código Civil) ou de achamento de tesouro (artigo 1324º/2 do Código

²²³ A alusão a este princípio não deixa dúvidas: tudo o que por ora dissermos é relativo a aquisições derivadas, mormente contratos.

²²⁴ Que outra função não tem (pelo menos para a grande maioria dos direitos reais) que não a publicitação da sua titularidade e dos negócios que a afetem, sem que a sua verificação influa na validade do negócio a que respeite.

²²⁵ No dizer de FERREIRA DE ALMEIDA, *apud* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *A Característica da Inércia dos Direitos Reais - Brevíssima Reflexão sobre o Princípio da Publicidade*.

Civil); ou mediante o decurso de um prazo, como sucede nos casos da captura de abelhas enxameadas (artigo 1322º do Código Civil) ou de avulsão (artigo 1329º do Código Civil)²²⁶.

E assim sucede porque há razões de segurança jurídica e de proteção de terceiros de boa fé a que atender; mas, principalmente porque como a aquisição destes direitos não se filia num consenso nem na vontade do anterior titular, o legislador tem de mostrar-se particularmente exigente, para evitar cair em situações de injustiça, oferecendo soluções que permitam à generalidade dos sujeitos da comunidade envolvente e, principalmente, do titular *lesado* reagir contra essa intromissão.

É por tudo quanto se disse que, em primeiro lugar, e seguindo a orientação do direito romano, a posse tem que ser pública, ou, nos termos do disposto no artigo 1262º do Código Civil, exercida *de modo a poder ser conhecida pelos interessados*: ou seja, independentemente do ato que deu origem à constituição da posse, o exercício²²⁷ – ao longo de todo o período temporal – deve ser feito de forma a que toda a comunidade envolvente, mas, essencialmente, os interessados, dele possam ter conhecimento.

Claro está que enquanto a posse não puder ser conhecida pelo titular do direito real conflituante não será boa para usucapião, uma vez que, nestes casos, o titular do direito não poderá servir-se de nenhum expediente ao seu alcance para defender as suas coisas da intervenção de terceiro; pelo que nos termos dos artigos 1297º e 1300º/1 do Código Civil só poderá ser aproveitada a partir do momento em que aquela se torne pública.²²⁸

Mas, não é de difícil conclusão que podendo a usucapião incidir sobre uma miríade de coisas físicas, móveis ou imóveis, de diferentes dimensões e com diferentes características, a publicidade do exercício do possuidor há de revestir formas diversas consoante se esteja

²²⁶ Veja-se, neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *opere citato*.

²²⁷ ORLANDO DE CARVALHO, *opere citato*, páginas 286 e seguintes, esclarece que a letra da lei é inexata, visto que, na sua perspetiva, é o momento da aquisição que deve ser tomado como o decisivo para a caracterização da posse como pública ou oculta. Acrescenta este autor que entre o momento primaz e o momento de ulterior exercício, sempre haverá *um maior ou menor espaço temporal* e, caso só neste último passem a ser praticados atos que confirmam publicidade à posse, se dará uma alteração da sua caracterização.

²²⁸ Já o inverso não se aplica: daquelas normas parece decorrer que uma posse se mantém pública, ainda que, a partir de determinado momento, passe a ser praticada de forma oculta. Embora tenhamos dúvidas que esta conclusão decorra diretamente da letra da lei, não deixamos de concordar com ela, no essencial: se a posse foi pública, o titular teve oportunidade de dela tomar conhecimento e contra ela agir; pelo que não vemos que haja um qualquer atropelo à sua possibilidade de ação, ainda que a partir de determinado momento a posse seja feita sem que ele *a veja*. Tendo sabido, ou podido saber dela em momento anterior, não devia aguardar para lançar mão dos adequados meios de defesa possessória ou, mesmo que o fizesse, devia manter-se (ainda) mais despedido quanto à utilização que era feita da sua coisa, a fim de evitar a sua perda.

perante uma dessas coisas, sendo certo que haverá publicidade quando a posse corresponda à normal utilização da coisa, conforme àquela que dela seria feita pelo seu real titular, atendendo à sua natureza e peculiaridades. Se não nos parece difícil possuir de forma oculta um bem móvel, o mesmo não se poderá dizer de um imóvel; e, mesmo dentro daquele primeiro grupo, é diferente possuir secretamente um *automóvel ou um livro*.

Ainda, assim, parece-nos que o critério de distinção entre *pública* e *oculta* poderá ser apurado segundo um critério objetivo de cognoscibilidade: isto é, a posse será pública sempre que um *bonus paterfamilias*, colocado no papel de titular de um direito real, se aperceberia que um terceiro, com a sua intervenção, colocaria em crise o seu direito²²⁹. Não sendo, por isso necessário, o conhecimento efetivo.

Nestes termos, se percebe que, para que se fale em posse oculta, não basta que o possuidor se mova com um propósito de esconder a sua atividade, antes é necessário que dos seus atos resulte a impossibilidade de conhecimento pelos interessados²³⁰. Convém, porém, ressaltar que muito embora não sirva para a invocação da usucapião, a posse oculta não deixa de ser posse: é uma espécie de posse que, contudo e atendendo a essa característica, não desencadeia os efeitos que normalmente se lhe atribuem, nomeadamente em questões de defesa possessória ou aquisição de direitos.²³¹

Há, ainda, a dizer que o atual texto do artigo 1262º do Código Civil teve por base o artigo 523º do Código de Seabra, que oferecia duas modalidades alternativas de *posse pública*: uma correspondente aos moldes do atual regime e uma outra – apresentada em primeiro lugar – relativa a uma posse registada. Deliberadamente, o legislador de 1966 decidiu omitir esta última hipótese, mas, nem por isso as dúvidas cessaram; o mesmo é dizer com Oliveira Ascensão²³² que a lei não esclarece *se o registo da mera posse basta para que se torne pública*.

E assim é porque havendo registo do título aquisitivo haverá, com grande probabilidade, publicidade da posse, só que daí não pode inferir-se, com certeza, a posse efetiva de

²²⁹ Solução próxima, portanto, da *doutrina da impressão do destinatário* plasmada no artigo 236º do Código Civil.

²³⁰ Com o esclarecedor poder de síntese que lhe é usual, vide SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, páginas 178 e 179.

²³¹ E assim é porque, segundo DURVAL FERREIRA, *opere citato*, página 159, *o requisito da publicidade não é requisito essencial do corpus*.

²³² *Ibidem*.

uma coisa específica. Com efeito, o registo publicita um direito e daí decorre que aquele sujeito reúne todas as especificidades necessárias para possuir; mas já não permite concluir que se possua, efetivamente, aquela coisa sobre que incide o direito²³³. Por seu turno, Pires de Lima e Antunes Varela entendem²³⁴ que muito embora, nos termos do estabelecido no artigo 1295º/2 do Código Civil, a posse (e já não o seu *titulus adquirendi*) só possa registada se se provar a sua publicidade, a partir do momento em que se dê o seu registo jamais poderá ser tida como oculta, uma vez que o registo serve no ordenamento jurídico português, essencialmente, uma função de publicitação de direitos inerentes a coisas.

Somos a concordar que basta que haja registo da mera posse²³⁵, mesmo que sem atos exteriores que a sustentem, para que se possa afirmar a sua publicidade, atendendo àquilo que é a missão do registo predial em Portugal, e claramente afirmada no artigo 1º do Código do Registo Predial: *dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário*.

INÉRCIA DO TITULAR

Face ao exposto, conclui-se que a publicidade da posse é completada com uma correspondente inércia do titular do direito que se vem possuindo.

Assim é porque os direitos reais, apesar de permitirem que o seu titular use, goze e disfrute das utilidades e regalias, muitas vezes a normal utilização da coisa não implica que o titular despenda especial atenção e esforços²³⁶. Mesmo assim, sempre há necessidade de algum *acompanhamento*, mais não seja com o propósito de controlar se a sua titularidade não é ameaçada. E só se o titular não dispensar qualquer tipo de atenção ou se, fazendo-o, não adotar qualquer medida que lhe permita a restituição do seu direito livre da intervenção de terceiros, se poderá falar de inércia da sua parte.

²³³ Para melhores esclarecimentos, *vide* ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, página 287.

²³⁴ *Opere citato*, na anotação ao artigo 1262º do Código Civil.

²³⁵ Não esqueçamos, contudo, que o facto de a posse ser uma questão essencialmente fáctica, leva a que o seu registo não seja tão usual quanto o desejado; situação que se agrava com o facto de a generalidade de coisas móveis se encontrar desonerada de registo.

²³⁶ Assim acontecerá essencialmente com bens imóveis: pense-se num lote de terreno apto para construção civil ou, até, em terrenos de vocação agrícola ou silvícola cujas culturas não exijam muito mais que uma intervenção anual, como sucede, por exemplo, com os montados.

Precisamente por se exigir esta nota de publicidade, há autores que apontam a inércia de não ter reivindicado a restituição da sua coisa ao possuidor como um outro requisito (*dormientibus non succurrit jus*), a preencher pelo titular do direito real incidente sobre a coisa possuída; introduzindo-a como *a justificação razoável para tal prejuízo*²³⁷.

A inércia, neste contexto, deve ser entendida precisamente nos termos da física, de onde o conceito é importado, ou seja, encontra-se intimamente ligada à ideia newtoniana de que *todo o direito real permanece em estado de repouso (...) a menos que seja obrigado a mudar o seu estado devido a forças que atuam sobre ele*²³⁸. É, então, necessário que o titular pudesse exercer *forças* sobre o direito real e não o tenha feito, por sua opção.

Não se poderá dizer inerte um proprietário, por hipótese, que por não ter condições fáticas ou jurídicas – como sucederia se impedido por motivos de força maior, mas também caso desconhecesse a posse por esta não ser pública, ou conhecendo-a se fosse violenta e assim se encontrasse coagido²³⁹ - não agiu. Assim, nestes casos, deve a posse, para efeitos de usucapião, ser suspensa, por força do disposto nos artigos 1297º e 1300º do Código Civil.²⁴⁰

Reconhecendo, claro está, a remissão legal para as normas relativas à suspensão e interrupção da prescrição – artigos 318º a 327º do Código Civil - e conseqüente aplicabilidade à usucapião²⁴¹, não inferimos daí qualquer necessidade de reunião de um novo pressuposto; até porque, a usucapião *nasce de uma atuação positiva prolongada do possuidor*²⁴².

Entendemos como boa a opção de o legislador que assim protege um titular que devido a particulares circunstâncias de vida pode não reunir as condições que a defesa dos seus interesses e direitos exige. Mas não vemos como pode daqui inferir-se que é necessário que permaneça em total e querida inatividade para que a usucapião possa ser invocada; ainda que não descuremos que se o titular for proativo poder-se-á servir dos meios ao seu dispor e assim paralisar a invocação da usucapião. Ora, os prazos hão de suspender-se ou

²³⁷ Nestes termos, DURVAL FERREIRA, *idem*, página 438.

²³⁸ Assim, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *idem*.

²³⁹ Apesar deste afloramento, desenvolveremos este tema *infra*.

²⁴⁰ É, pois, baseado nestas disposições legais que DURVAL FERREIRA, *ibidem*, identifica um princípio geral de que se não existir inércia imputável ao titular do direito, a posse não bastará para que possa invocar-se a usucapião.

²⁴¹ Sobre as indispensáveis especificidades desta aplicação, veja-se a anotação ao artigo 1292º que PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA fazem no seu *Código Civil Anotado*.

²⁴² Assim ANTUNES VARELA, na Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 1983, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 121º, números 3768 e 3769, 1988-1989, página 127.

interromper-se porque, na nossa ótica, devido àquela particular factualidade e durante esse período de suspensão a posse não foi pública ou pacífica como se exige que seja ou, porque apesar de o ser, entre os sujeitos em conflito não há a *igualdade de armas* por que o direito civil pugna. Claro está que permitir a aquisição originária de uma coisa cujo titular, devido a particulares circunstâncias de vida, não pode servir-se dos usuais meios de defesa ao seu alcance, seria de uma desonestidade e de uma injustiça atroz, completamente dissidente do nosso sistema jurídico; porém, daí não pode concluir-se, sem mais, por um novo pressuposto, que a lei em lado algum impõe.

7.2. PACÍFICA

Outra das características que a posse tem de apresentar, sob pena de a usucapião não poder ter lugar prende-se com o seu carácter pacífico.

Se assim não for, ou enquanto assim não for, o tempo que durar a posse não será contabilizado para efeitos de aquisição por usucapião, o que acontece *mutatis mutandis* pelos motivos apresentados para a necessidade de a posse ser pública, só se iniciando a contagem quando a violência cessar²⁴³: situação a averiguar casuisticamente, e, por isso na perspectiva da *vítima*, isto é, a partir do momento em que esta deixe de se sentir ameaçada, apesar das dificuldades empíricas que isso comporta; mas também por que o legislador pretendeu que a posse indispensável para usucapir se assemelhasse o mais possível com *uma situação de facto que tenha a aparência de um direito*²⁴⁴. Por outro lado, esta característica releva ainda para questões relacionadas com uma presunção inilidível de má fé, nos termos do artigo 1260º/3 do Código Civil; mas também porque nos termos do artigo 1295º/2 do mesmo diploma é criado um impedimento ao seu registo.

Por outro lado, e visto que a posse não corresponde a um episódio estanque, nada impede que esta tenha sido adquirida com recurso à violência e no seu decurso estes atos tenham cessado, assim como o inverso²⁴⁵. Precisamente por ser uma característica relativa, nada impede que o seu carácter se vá alterando e, por isso mesmo, que só alguns períodos do tempo total relevem para a contagem final.

²⁴³ Diferentemente da tradição romana.

²⁴⁴ Citamos PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na anotação que fazem ao artigo 1297º do *Código Civil*.

²⁴⁵ Não pensa assim MENEZES CORDEIRO, para quem a violência superveniente é conforme aos termos da normalidade social; baseando-se para tal no texto legal que qualifica a posse como pacífica ou violenta por referência ao momento da sua aquisição. Não pensamos assim.

Apesar de haver autores que se insurgem com esta possibilidade, por entenderem que tal constituiu uma apologia à violência²⁴⁶, não pensamos assim²⁴⁷. Se é certo que não apoiamos o recurso a ameaças ou a imposição da força física para impor a outrem restrições aos seus direitos e bem assim permitir-se gozar direitos próprios, não podemos deixar de reconhecer que sempre que a violência cessar, há um titular que fica liberto do medo e por isso com uma mão cheia de recursos que lhe permitem prosseguir a defesa do seu direito, prontos a utilizar. Caso o não faça e permaneça inerte, parece consentir que alguém possua o que é seu, pelo que não se veem motivos para que a lei o proteja especialmente.

Dispõe o artigo 1261º do Código Civil que a posse será pacífica sempre que tenha sido adquirida sem violência, ou seja, sem recurso a ações subsumíveis nos conceitos de coação moral ou física²⁴⁸⁻²⁴⁹; e assim não sendo, a posse será então, *violenta*. Apesar desta remissão, o legislador não pretende ser exaustivo, pelo que a generalidade da doutrina vem, até, admitindo que a coação possa ser exercida por terceiro²⁵⁰. Em sentido inverso, a posse manter-se-á pacífica mesmo que o possuidor se tenha servido da ameaça no sentido de exercício de um direito lícito ou com base em algum tipo de temor reverencial.

Por outro lado, na linha do já defendido durante a vigência do Código de Seabra e atendendo ao teor do disposto nas já referidas normas legais, conclui-se que esta condição indispensável da posse só será posta em causa se a violência ou ameaça nesse sentido forem exercidas sobre pessoas e não sobre coisas²⁵¹. Entendemos, no entanto, que não é descabido que possa ser exercida sobre coisas se através dessa forma se daí resultar qualquer tipo de

²⁴⁶ Por todos, LUCIANA LOURENÇO, *idem*, páginas 37 e seguintes.

²⁴⁷ Inspirámo-nos nas doutrinas europeias oitocentistas, de que é exemplo DE MARTINO, que assim justificaram os moldes do novo regime da usucapião, inflitando a tendência e inspiração romanas.

²⁴⁸ Percebe-se o porquê de a lei apenas remeter para o artigo 255º do Código Civil, relativo à coação moral. Assim é porque, por um lado, o artigo relativo à coação física (246º do Código Civil) não apresenta qualquer conceito explicativo; e, por outro lado, porque, em matéria de posse, a noção de a coação física não será inteiramente coincidente com a que vale no âmbito da emissão da declaração de vontade negocial.

²⁴⁹ ORLANDO DE CARVALHO, por sua vez, *ibidem*, páginas 283 e 284 refere que para efeitos de concretização desta noção, mais importante seria olhar para o ilícito descrito no artigo [154º/1] do Código Penal, que de forma exemplificativa e deixando espaço para a densificação e concretização de conceitos à medida da realidade em confronto, oferece melhor definição de coação e, bem assim, de forma violenta de possuir. Necessário é, portanto, que haja uma *pressão especial*, no dizer de SANTOS JUSTO, *idem*, página 178, relevante para a sua aquisição e manutenção.

²⁵⁰ DIAS MARQUES *apud* DURVAL FERREIRA, *idem*, página 279 vai mais longe e diz, ainda, ser indiferente que o *terceiro se encontre ou não conluiado com o esbulhador*.

²⁵¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no artigo 1261º do *Código Civil Anotado* exprimem opinião diferente, baseando-se, para tal em jurisprudência coeva.

intimidação efetiva para o sujeito titular do direito real, ou seja se o agente tiver conseguido *constranger psicologicamente* aquele sujeito²⁵².²⁵³

8. LAPSO DE TEMPO

É sabido que o decurso de tempo de posse que a lei exige para que a usucapião possa ter lugar, varia consoante a natureza da coisa a adquirir, mas também conforme as características que a posse reveste²⁵⁴, isto é, se se trata de uma posse titulada, ou não; de boa ou má fé, inscrita no registo, ou não; uma vez que o legislador não pode dispensar o mesmo grau de atenção e tutela a qualquer tipo de posse, até porque nem todos eles apresentam estabilidade e merecimento suficiente para tal²⁵⁵.

Certo é que não será necessário o decurso de um período de tempo superior a vinte anos para que se possa adquirir originariamente, por via deste instituto, um imóvel ou dez anos para aquisição de um móvel sujeito a registo²⁵⁶; salvo se a coisa em causa pertencer à esfera jurídica privada do Estado, visto que nesses casos o decurso do prazo legal deve ser acrescido de metade, nos termos da Lei número 54, de 16 de julho de 1923 e do artigo 1304º do Código Civil.

Como *supra* demonstrámos a contagem destes prazos está dependente da verificação do carácter público e pacífico da posse, só se iniciando se a posse reunir estas mesmas características e mantendo-se enquanto durar a possibilidade de a conservar com estas características, nos termos do artigo 1257º do Código Civil. Por outro lado, na contagem *da idade da posse* há que atender à possibilidade de esta ter estado suspensa ou interrompida, nos termos que *supra* analisámos, aplicando-se as regras do artigo 279º, por força do artigo 1292º (ambos) do Código Civil.

Como bem se vê são prazos bastante inferiores aos do direito antigo²⁵⁷, o que bem se entende: a razão de ser de prazos mais dilatados devia-se, no direito romano, com a distância

²⁵² Vide ORLANDO DE CARVALHO, *ibidem*.

²⁵³ Não concordamos, porém, com a orientação canonista, de tal forma ampla que fazia subsumir a este conceito qualquer atividade contrária à vontade do titular do direito esbulhado.

²⁵⁴ Veja-se, para tal, o disposto nos artigos 1294º e seguintes do Código Civil.

²⁵⁵ Assim, MOTA PINTO, na página 214 da sua já citada obra.

²⁵⁶ Vide os artigos 1296º e 1298º do Código Civil, respetivamente.

²⁵⁷ O Código Civil de 1867, na linha do Código napoleónico de 1804, estabelecia um prazo de trinta anos para os casos em que o usucapiente se encontrava de má fé e não dispusesse de título. Por outro lado, também os

elevada entre a localização do imóvel e a residência habitual do seu proprietário que, face às condições de vida coevas se agudizava. Nos dias de hoje – e até aquando da entrada em vigor do presente Código Civil – as condições de vida permitem que estas distâncias sejam mino-
radas, pelo que se impunha a redução daqueles prazos.

8.1. TITULADA

Um dos caracteres que influencia diretamente o decurso de tempo necessário para a invocação da usucapião prende-se com a existência, ou não, de um título que fundamente a posse. Título, esse, que Oliveira Ascensão²⁵⁸ define como o *facto ou conjunto de factos de que uma situação jurídica tira a sua existência*.

Ora, poder-se-á dizer que a posse é titulada sempre que, nos termos do artigo 1259º do Código Civil, fundada num *modo legítimo de adquirir*, ou seja, num negócio jurídico, operação jurídica ou resultado legal abstratamente idóneos para a transmissão do direito real *a que o animus se ordena*²⁵⁹.

Concordando com a noção de título que Oliveira Ascensão nos oferece, facilmente se conclui que qualquer posse será titulada, uma vez que independentemente dos seus caracteres esta sempre provirá de uma situação jurídica; no entanto, o que aqui está em causa é a existência de um concreto título apto para a aquisição do direito real por referência ao qual se considera a posse, que se refira indubitavelmente àquela posse. O título tem, por isso, de reunir todas as condições que o negócio jurídico, abstratamente considerado, teria de observar para a transmissão válida, para além de ser existente²⁶⁰; mesmo que o negócio de que proceda as não reúna.²⁶¹

prazos previstos no Anteprojeto de Pinto Coelho eram, na sua maioria superiores; mas o legislador optou pela sua redução, em face da celeridade da vida coeva.

²⁵⁸ *Opere citato*, página 101.

²⁵⁹ *Vide* ORLANDO DE CARVALHO, *idem*, página 277.

²⁶⁰ Não será existente no caso de faltar, em absoluto, qualquer manifestação de vontade de ação, de declaração ou de efeitos; visto que nestes casos nem sequer se poderá falar na existência de negócio jurídico. Para maiores desenvolvimentos, *vide* DURVAL FERREIRA, *idem*, páginas 272 e 273.

²⁶¹ Não se vê, por isso, qualquer objeção a que o título seja adquirido já no desenvolvimento da posse. Tendo, esta, um carácter de extremo dinamismo – por que, também, as relações civis se pautam – não é descabido pensar que já na sequência de uma atividade enquanto possuidor, seja celebrado o dito negócio jurídico que titule a posse.

Ainda assim não queremos com isto dizer que a posse procede geneticamente desse título, basta, apenas, que desse título pudesse advir a transmissão do direito real nos termos do qual se possui. O mesmo é dizer, com Orlando de Carvalho que *a posse [terá] atrás de si, como causa legitimante da sua aquisição, um titulus adquirendi (...), e, por isso, se diz titulada ou com título*²⁶².

Também por este motivo, o título não se presume²⁶³: antes, tem de ser invocado e provado por quem se arroga da sua existência – nos termos do artigo 1259º/2 do Código Civil -, visto que entre nós não foi acolhida a doutrina do título putativo²⁶⁴.

Com efeito, se o título padecer de vícios formais que influenciem a validade do negócio, não pode dizer-se que a posse que daí advenha seja titulada, porquanto aquele negócio jamais seria apto para a transmissão do direito em causa²⁶⁵, como aliás decorre *a contrario* da letra da lei. Há, contudo, autores que se opõem a este entendimento por entenderem estes vícios formais de muito menor importância que alguns vícios substanciais que, porém, não obstam a validade do título²⁶⁶.

A existência de título, para além da redução do lapso temporal necessário para a usucapião, tem outros efeitos que se prendem, nomeadamente, com a presunção *iuris tantum* de boa fé, ou a qualificação como melhor posse.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Não deve confundir-se o disposto no artigo 1268º do Código Civil: apesar de se presumir que o possuidor é, simultaneamente, titular do direito real nos termos do qual possui; a lei não abre espaço para que se presuma a existência de título que legitime a posse (reforçando-o, inclusivamente, no artigo 1259º/2 do Código Civil).

²⁶⁴ Que mais não é do que um título que só existe na convicção do possuidor e cuja admissão subverteria todo o sistema português, que olha o *título* como um elemento objetivo e cinge as questões subjetivas às que se relacionam com a verificação de boa ou má fé.

²⁶⁵ Diz-nos SANTOS JUSTO, *idem*, página 174, que o direito italiano não afasta da posse titulada situações em que possa apontar-se o vício formal, a menos que a lei especialmente o exija. Noutros ordenamentos vigora solução idêntica.

²⁶⁶ Nem todos os vícios substanciais conseguem coexistir com a posse: deste modo, por exemplo, a simulação absoluta obsta a posse titulada, uma vez que havendo conluio entre ambos os intervenientes não pode dizer-se, sequer, que haja posse, porquanto o sujeito não tem qualquer *animus adquirendi* que aproveite para a existência de título (pensam de forma distinta PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na sua anotação ao artigo 1249º do Código Civil, *idem*). Diferentemente acontece se o negócio jurídico tiver ínsito uma simulação relativa em que o negócio dissimulado seja relevante, visto que nestes casos haverá *animus* e consequente atribuição de poderes de facto; contudo, se o negócio jurídico dissimulado ou oculto não for apto a transmitir um direito real, como sucede, por exemplo, nos contratos de arrendamento, não poderá falar-se de posse, visto que também nestes casos o *animus* necessário se encontra beliscado. A questão voltaremos *infra*; guardando, até lá, aquela que vem sendo a nossa orientação sobre o assunto.

8.2. BOA FÉ

Outro fator que influencia diretamente o período de tempo necessário para a usucapabilidade prende-se com a existência de posse de boa ou má fé, como não poderia deixar de suceder num sistema em que, em termos gerais, vale um princípio geral de relevância da boa fé.

É sabido que a boa fé pode assumir duas facetas: uma objetiva, enquanto conceito ético ou código de conduta²⁶⁷; ou subjetiva, enquanto conceito psicológico, relacionado com a concreta conduta do agente²⁶⁸. Ora, o texto do artigo 1260º/1 do Código Civil parece esclarecer esta dúvida, na medida em que ao esclarecer que estará de boa fé um sujeito que aquando da aquisição da posse *ignorava (...) que lesava o direito de outrem* – sem necessidade de apurar quais as razões dessa ignorância²⁶⁹ – parece encaminhar-se para uma orientação subjetiva, puramente fática relacionada com o puro e efetivo desconhecimento²⁷⁰. Por outro lado, há autores²⁷¹ que se encaminham em sentido diverso ao explanado. Entendem, assim, que as pessoas que com culpa ignorem que a conduta é lesiva da esfera jurídica de um outro sujeito só poderão ser considerados possuidores de má fé; defendendo, para tal, uma conceção meramente ética da posse e, conseqüentemente, da usucapião.

Quanto a nós, entendemos que a vontade do legislador foi no sentido de impor uma conceção psicológica de boa fé, e por isso intimamente ligada com a concreta atuação do possuidor; até porque seguiu *qua tale* a orientação plasmada no Anteprojeto de Pinto Coelho, que se opunha a outras tendências, nomeadamente a do legislador italiano. Até porque, para além de reconhecermos a dificuldade e raridade das situações em que o desconhecimento

²⁶⁷ Que se assemelha, portanto, à *bona fides* romana.

²⁶⁸ Por se afastar do cerne do objeto da nossa reflexão, abstemo-nos de aprofundar estes conceitos, até porque cremos não serem desconhecidos de ninguém, visto que, até, em linguagem leiga são ideias recorrentemente empregues. Ainda assim, e para melhores desenvolvimentos *vide* MENEZES CORDEIRO, *A Boa Fé nos finais do século XX in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 56º, páginas 887-912.

²⁶⁹ Ensinam-nos PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na anotação ao artigo 1260 do *Código Civil Anotado*, que nada obsta a que a ignorância resulte de um erro de direito, porque apesar de o artigo 6º do Código Civil, estabelecer que o desconhecimento da lei não justificar o seu cumprimento, tal não significará que daí não poderão resultar conseqüências jurídicas, como será o caso.

²⁷⁰ Esta solução leva a que se pergunte onde encaixar as situações em que o possuidor tem dúvidas sobre a retidão da sua conduta. Parece-nos, nestes casos, que para concluir pela boa ou má fé se deve procurar aquela que é a tendência prevalecente do possuidor: se perante a questão da dúvida, a sua resposta se encaminhar num sentido de tendencial certeza subjetiva, poder-se-á dizer que está de boa fé e, por isso, de má fé se àquela questão der resposta contrária. Não obstante, DURVAL FERREIRA, *idem*, páginas 275 e 276, esclarece que como a lei estabelece a ignorância como critério, à dúvida sempre corresponderá à boa fé.

²⁷¹ Veja-se, para o efeito, SANTOS JUSTO, *opere citato*, página 176, onde é apresentado um elenco destes autores e apresentados, de forma sintética, os seus argumentos.

aparece desacompanhado de negligência, entender desta forma constituiria uma importante restrição ao disposto no artigo 1260º/1 do Código Civil; sem esquecer que o legislador não impõe uma orientação única, oscilando entre a exigência de boa fé objetiva e subjetiva consoante a exigência do instituo em que é convocada, pelo que não há ordens de razão superior que imponham que se opte por uma orientação eticizante.

Com efeito, na generalidade das situações, poderá dizer-se que o possuidor está de boa fé sempre que aja com a convicção que exerce um direito próprio, adquirido por título válido²⁷², ainda que não vejamos obstáculo a que mesmo conhecendo que o título pelo qual possui tem vícios possa estar de boa fé, precisamente por entender que daí não advém qualquer lesão aos direitos de outrem; ou, até, se mesmo se sem título agir precisamente pelo mesmo motivo²⁷³.

Por outro lado, é dito que a verificação da boa fé deve ser apurada aquando do momento da aquisição da posse²⁷⁴, que normalmente coincidirá com o da sua apreensão ou com o momento de conclusão das negociações se a posse for adquirida através de uma forma derivada, e tem um carácter permanente.

Entendem-se facilmente as razões que levaram o legislador a consagrar prazos relevantes para usucapião inferiores caso a posse seja de boa fé. Apesar de a posse de má fé ser posse e por isso preencher o requisito essencial da usucapabilidade, não pode deixar de merecer uma censura social e jurídica, que se traduz numa ampliação dos prazos necessários. Assim sucede porque a boa ou má fé em nada se relaciona com o *animus possidendi*, pelo que não se veem obstáculos à sua relevância para a usucapião.

²⁷² Daí a presunção do artigo 1260º/2 do Código Civil. Claro está que o seu carácter *iuris tantum* se deve porque o título só pode servir como um forte indício, visto que concluir, sem mais, que a posse titulada é uma posse de boa fé é um raciocínio forçado, que pode conduzir a soluções injustas.

²⁷³ Diferentemente do que estabelecida o artigo 476º do Código de Seabra, visto que aí se concretizava a boa fé como procedente de título, cujos vícios fossem desconhecidos pelo possuidor.

²⁷⁴ Dando concretização ao brocardo *mala fides superveniens non nocet...*; até porque só excepcionalmente se atribuem efeitos jurídicos à alteração superveniente deste carácter. Não obstante, aquando de uma ação de reivindicação, e nos termos do artigo 564º/a do Código do Processo Civil, a boa fé do possuidor cessará com a sua citação.

8.3. REGISTADA

Por fim, a lei – nos artigos 1295º e 1296º do Código Civil - estabelece que a *idade da posse* produzirá efeitos mais cedo se esta for registada²⁷⁵, visto que assim o seu carácter público fica reforçado, como *supra* aludimos.²⁷⁶

Claro está que mesmo que esta não seja registada, não há razões que impeçam a normal produção dos efeitos associados à posse, uma vez que, em Portugal, o registo não desempenha funções de eficácia; mas, antes e somente, de publicidade; até porque, como ensina Oliveira Ascensão²⁷⁷ a usucapião sempre prevalecerá independentemente do registo, na medida em que as presunções jurídicas a que este dá origem sempre cederão perante esta situação de facto.

9. NECESSIDADE DE INVOCACÃO

Precisamente por envolver uma série de prerrogativas ético-morais, que já procurámos explicar, o legislador português optou por não permitir que a usucapião produzisse efeitos *ipso iure*. Ao invés, deixou à consignação de cada sujeito invocar ou não esta forma de aquisição, por forma a que a sua decisão se cinja ao domínio dos seus valores e princípios morais e de convivência comunitária, não sendo, estes, beliscados por opções legislativas; como aliás decorre da conjugação dos artigos 1292º e 303º do Código Civil.

Mais ainda, não faria sentido impor esta forma de aquisição ao possuidor, porque tal constituiria um atropelo sem qualquer ordem de razão a um princípio que enforma todo o nosso sistema: *beneficium invito non datur*. Com efeito, reunidos que sejam os pressupostos

²⁷⁵ Nos termos do artigo 2º/1/e do Código do Registo Predial.

²⁷⁶ Dos referidos artigos decorre que a mera posse pode ser registada, pelo menos no que aos imóveis diz respeito, assim como aos móveis que a lei àqueles equipara (automóveis, barcos e aeronaves) e sujeita a registo. Não se percebe o porquê de idêntica solução não ser permitida quanto aos demais bens móveis.

²⁷⁷ Na página 367 da, já sobejamente citada, obra.

necessários para a usucapião²⁷⁸ – e mesmo sem eficácia *ipso iure* – surge na esfera jurídica do possuidor um direito potestativo à sua invocação²⁷⁹ que não prescreve²⁸⁰.

Por tal, também não lhe é lícito renunciar à possibilidade de invocar, se não decorrido o prazo prescricional, nos termos dos artigos 1292º e 302º do Código Civil.

Nestes termos, a usucapião poderá ser invocada pelos diretos e primeiros interessados, mas também – e como não poderia deixar de ser – pelos seus representantes legais ou pelo Ministério Público, nos termos do artigo 303º do Código Civil, assim como demais interessados, nomeadamente credores, nos termos do artigo 305º do Código Civil; e produzirá efeitos desde a data apresentada como de início da posse, nos termos do artigo 1288º do mesmo diploma legal.

Essa invocação poderá, então, ser feita mediante a via judicial ou extrajudicial. A opção por uma das duas não é indiferente, visto haver imposições que ditam qual o modo de que o possuidor se há de socorrer. Ainda assim, realçamos, que é absolutamente imprescindível que haja uma manifestação de vontade – expressa ou tácita – no sentido da aquisição de um direito real.

9.1. EXTRAJUDICIAL

Como dissemos a opção por uma das duas formas não é arbitrária. Ao invés, há critérios legais a convocar para que a decisão possa ser corretamente tomada.

Face à nefasta morosidade da justiça, desde há uns anos que o legislador tem procurado *desentupir* os tribunais de questões essencialmente burocráticas ou de baixa complexidade. Com esse intuito, emanou o Decreto-Lei 273/2001, de 13 de outubro²⁸¹ em cujo

²⁷⁸ Precisamente por ser assim, não há impedimento a que a usucapião seja invocada caso a respetiva posse tenha durado o tempo necessário, ainda que posteriormente haja sido perdida, visto que nos termos do artigo 326º do Código Civil a perda de posse não corresponde a um ato interruptivo, mas corresponde, tão-só, a uma alteração do senhorio de facto com a coisa. Porém, se a posse for perdida antes de decorrido o período de tempo necessário e só posteriormente retomada, não poderão somar-se ambos os períodos, visto que não há lugar a acessão ou sucessão da mesma. Confronte-se DURVAL FERREIRA, *idem*, página 461.

²⁷⁹ Assim ANTUNES VARELA, na Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 1983, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 121º, nº 3768 e 3769, 1988-1989, páginas 127 e 128.

²⁸⁰ Contudo, pode suceder que não tendo sido atempadamente invocada, surja uma nova posse. Nesses casos, apesar de ao primeiro possuidor não ser vedada qualquer possibilidade de invocação, deve aplicar-se o artigo 1313º do Código Civil que determina a irrelevância da primeira posse, visto que a mais recente a aniquilou.

²⁸¹ Que procedeu à décima quinta alteração ao Código do Registo Predial, resultante do Decreto-Lei 224/84, de 06 de julho.

preâmbulo fica claro que se procede a uma *transferência de competências em processos de carácter eminentemente registal dos tribunais judiciais para os próprios conservadores de registo, inserindo-se numa estratégia de desjudicialização de matérias que não consubstanciam verdadeiro litígio*, como aliás é plasmado em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de novembro de 2004, relatado por Moitinho de Almeida²⁸². Deste modo, questões como a invocação da usucapião passaram a pertencer (em regra) ao leque da competência exclusiva de conservadores e notários²⁸³, a menos que inserida numa questão controversa ou litigiosa²⁸⁴.

Apesar de ser possível recorrer a outros meios, na maioria das situações a invocação extrajudicial far-se-á mediante os institutos da escritura de justificação notarial ou feita em processo de justificação a correr termos numa Conservatória.

Ora, a justificação é uma figura de carácter excepcional, que apenas tem lugar no nosso ordenamento jurídico porque, de outro modo, seríamos levados a uma situação de grande dissonância entre a situação registal e a situação fáctica. Ou seja, o intuito primeiro da justificação prende-se com a colmatação de documentos necessários para comprovar a existência e titularidade de direitos – e bem assim promover o seu registo - e que, em regra, são guardados pelos sujeitos a quem interessam²⁸⁵.

Sucede, contudo, que não raras vezes esses, o sujeito interessado deles não dispõe: seja porque os perdeu seja porque não existem²⁸⁶; e nestas situações há que dois caminhos possíveis: ou se considera essa falha insuprível e se impossibilita o seu registo ou se oferece uma alternativa que permita supri-la e, posteriormente, proceder ao seu registo. Para dar

²⁸² Proferido no âmbito do processo 04B3644, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/139237/pdf/>.

²⁸³ Muito embora a justificação extrajudicial já existisse, em Portugal, desde 1951, com o artigo 27º da Lei número 2049, de 6 de agosto de 1951. Tendo, ainda, sido reforçada por força do Decreto-Lei número 40603, de 18 de maio de 1956, que assim pretendia dar a exequibilidade e eficácia ao *regime da obrigatoriedade de registo, já fixado no artigo 2º do Decreto-Lei número 36505, de 11 de setembro de 1947*, cuja execução ficou muito aquém do esperado, precisamente devido à dificuldade em reunir documentos e provas necessárias a um ulterior registo; onde é definida como *expediente técnico simplificado, um processo anormal de titulação*, precisamente como hoje sucede, fruto dos posteriores reforços e empenhos do legislador.

²⁸⁴ Nestes casos, a competência pertencerá, em exclusivo, ao tribunal, que a apreciará aquando do dirimir do litígio, como *infra* se dirá.

²⁸⁵ Apesar de assim ser, hodiernamente nada há que impeça que estes institutos sejam empregues (apenas) com a intenção de invocar a usucapião.

²⁸⁶ Como sucede nos casos de aquisição originária.

cumprimento aos princípios do trato sucessivo²⁸⁷, o legislador optou pela segunda opção e ofereceu uma solução para os casos em que os sobreditos documentos estejam em falta.

É, então, possível proceder à justificação notarial, prevista nos artigos 89º a 101º do Código do Notariado, ou à justificação que corre nas conservatórias do registo predial, que encontra previsão nos artigos 116º e seguintes do Código do Registo Predial.²⁸⁸

Como dissemos, apesar de não serem as únicas opções ao alcance do possuidor, estas assumem-se como as formas por excelência na medida em que oferecem a vantagem de, num único momento, se poder invocar a usucapião e assim adquirir os documentos que comprovem a aquisição originária e proceder, então, ao posterior registo do direito a que diz respeito. Porém, nada obsta a que a usucapião seja invocada por um outro qualquer meio²⁸⁹ e só supervenientemente o possuidor recorra à justificação, para assim obter o documento que permite a publicitação do seu direito.

9.2. JUDICIAL

Face ao exposto, conclui-se, sem grande dificuldade, que a invocação judicial só poderá ter lugar nos casos em que a aquisição originária do direito real se encontre envolta

²⁸⁷ Apesar de ser, hoje, um princípio fundamentante do nosso Registo Civil, a figura legislativa que ora tratamos não pretendeu respeitar o princípio da legitimação, porquanto este só surgiu no nosso ordenamento em 1984, trinta e três anos após a introdução da justificação.

²⁸⁸ Ainda que não queiramos aprofundar o processo inerente à justificação, que se encontra descritos nos artigos acima referidos, não podemos deixar de manifestar que há quem, como LUCIANA LOURENÇO, *loco citato*, página 87, diga que estes dois institutos *andam de mãos dadas com a dubiedade, pois não garantem com a segurança e a certeza devidas a realidade efetiva do direito afirmado*. Isto porque a justificação notarial tem uma natureza exclusivamente declaratória, não se exigindo para a produção de efeitos a apresentação de qualquer prova; ao passo que embora exigindo prova testemunhal (sem contraditório) e publicidade reforçada, a justificação nas conservatórias se mostra pouco eficiente. Discordamos, contudo. Reconhecendo, ainda, que a publicidade do segundo instituto não será feita nos moldes mais eficazes, não vemos motivos para reforçar a segurança destes institutos, uma vez que a sua aplicação só poderá ter lugar caso o direito a invocar não seja nem se encontre envolto numa situação controvertida; pelo que cremos que a solução legislativa presente serve, perfeitamente, o propósito, deixando mecanismos de maior controlo e, por isso, geradores de maiores e mais fortes certezas para as situações em que a invocação da usucapião aconteça perante um juiz.

²⁸⁹ E dizemo-lo com esta despreocupação por valer, neste domínio, um princípio de liberdade de forma. Assim, MÓNICA JARDIM, *A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade*, in *Escritos de Direito Notarial e Direito Registral*, página 447, em que se pode ler que a invocação da usucapião, quando extrajudicial, faz-se mediante declaração que, na nossa perspetiva, não está sujeita a forma específica. Concordámos, pois, inteiramente tanto que não vemos quaisquer obstáculos a que a invocação possa ocorrer, por exemplo, mediante correio registado com aviso de receção, notificação judicial avulsa ou por qualquer outra via, na presença de testemunhas, entre outras; isto porque não havendo exigência de forma, nos parece que a escolha do *método* de invocação será livre e discricionária.

nalgum tipo de litígio ou conflito, ou no dizer de Mónica Jardim²⁹⁰ *havendo litígio* ab initio²⁹¹ *em torno da existência ou da titularidade do direito, o interessado não deve recorrer ao processo de justificação (...), mas sim intentar a respetiva ação judicial, evitando, deste modo, atos e procedimentos inúteis no registo.*

Já deixámos antever que a necessidade de, nestas situações, se mostrar necessário recorrer aos tribunais se deve, essencialmente, com questões de certeza e segurança jurídicas que os processos de justificação não conseguem alcançar.

²⁹⁰ *Idem*, página 446.

²⁹¹ Mostra-se, igualmente, necessário recorrer aos tribunais caso o litígio surja já no decorrer do processo de justificação, como, aliás, costuma suceder. Nestas hipóteses, apesar de inicialmente iniciada em cartório ou conservatória, o processo deverá ser remetido para os tribunais, visto que só estes têm competência para dirimir estes litígios.

IV. A USUCAPABILIDADE DE UMA HERANJA JACENTE

1. A MORTE ENQUANTO FACTO GERADOR DE EFEITOS JURÍDICOS

1.1. ENQUADRAMENTO

Desde há muito vimos referindo que a morte, apesar de ser um facto naturalmente inevitável e, não raras vezes, independente da vontade dos homens, se assume como geradora de múltiplos e numerosos efeitos. Se, por um lado, faz cessar a personalidade - e direitos, a esta, conexos - da pessoa falecida, por outro lado, gera, para os seus sucessores, uma panóplia de obrigações, ónus e direitos cujo teor suscita dúvidas e celeumas, quer na perspectiva leiga e comunitária quer, também, junto da literatura e prática jurídicas.

Ainda nesta sequência, temos referido que pese embora os direitos de natureza estritamente pessoal do *de cuius* se extingam com a sua morte, os seus direitos patrimoniais, de carácter real ou obrigacional, mantêm-se e hão de transmitir-se a quem lhe suceda.

Ora, face ao assunto que temos tratado, dúvidas não restam que o foco da nossa atenção há de pousar nos direitos reais, porquanto se assumem como os únicos usucapíveis; e dentro destes, por questões de facilidade de linguagem e clareza de pensamento, sobre a propriedade, em concreto²⁹². Por tal, e como questão primeira debruçar-nos-emos sobre a situação jurídica em que ficam os sucessíveis de um proprietário, aquando da sua morte e, mesmo antes da partilha da herança²⁹³. O mesmo é dizer, e de uma forma coloquial: *durante a jacência da herança, como poderão considerar-se os sucessores do de cuius, por referência aos direitos reais que compoñham o seu acervo hereditário?*

²⁹² Muito embora o que dissermos em relação a este direito se possa aplicar, *mutatis mutandi*, aos demais direitos reais de gozo suscetíveis de serem usucapidos. Uma vez que não há qualquer restrição ou alargamento do que dissermos quanto aos direitos usucapíveis.

²⁹³ Isto porque, como já analisámos *supra*, só a partir deste momento a comunhão hereditária findará e, bem assim, a quota hereditária de cada um dos herdeiros há de ser concretizada; passando, estes, a titulares, definitivos e em nome próprio, do concreto direito que lhes tiver sido atribuído.

1.2. POSSUIDORES?

Ora, antes de mais, já temos vindo a tentar definir a posse, atendendo às suas vicissitudes e particularidades. Reforça-se que esta, enquanto realidade essencialmente fáctica, mas com incontornável relevância jurídica se bifurca em dois elementos, o *corpus* e o *animus*, cuja presença se mostra absolutamente indispensável para que possa preencher-se o instituto do artigo 1251º do Código Civil. Sendo certo que, na maior parte das vezes, surge em absoluta coexistência com o próprio direito à imagem do qual subsiste.²⁹⁴

Assim, é legítimo que se pergunte se quando o proprietário (e assim simultaneamente possuidor) falece os seus sucessíveis poderão ser considerados possuidores das coisas objeto dos direitos que constituem a sua herança.

A esta questão não podemos responder de ânimo leve; nem, tampouco, com um monossílabo conclusivo.

Isto posto, dispõe o artigo 1255º do Código Civil que *por morte do possuidor, a posse continua nos seus sucessores*²⁹⁵ (...). Porém, tal não basta para que consigamos responder à questão que começámos por levantar. Ou, melhor dizendo, mesmo que nos permitisse responder-lhe²⁹⁶, só conseguiríamos fazê-lo de forma simplista e pouco precisa.

Ora, partindo do dispositivo legal, é de concluir que com a morte do possuidor, a posse continuará nos seus sucessores, tantos quantos eles sejam²⁹⁷, mesmo que não haja

²⁹⁴ Por tal, e por questões de economia textual, tudo quanto escrevermos é pressupondo os casos em que o *de cuius* para além de titular de direitos reais, que compõem o seu acervo hereditário e que hão de ser partilhados entre os seus sucessores, era correspondentemente possuidor das coisas sobre as quais aqueles incidem. Até porque, problematizar as demais situações seria desviarmo-nos do objeto da nossa reflexão: nos casos em que o *de cuius* apenas fosse possuidor de determinada coisa não há um direito, propriamente dito, que faça parte do acervo hereditário, pelo que se um herdeiro usucapisse a coisa objeto daquela posse não a estaria a adquirir enquanto parte de uma herança jacente, mas, antes, como oriunda (a coisa) de um outro património. Já nos casos em que apesar do direito não exista posse do *de cuius* temos para nós que de forma (praticamente) inevitável há de ocorrer usucapião, só que, desta vez, não por um dos herdeiros, mas, antes, por um sujeito estranho a esta realidade. E por isso, compreendido fora do alcance do nosso estudo.

²⁹⁵ Sejam estes herdeiros ou legatários? Os autores que se apoiam na letra da lei tendem a responder de forma a fazer subsumir os legatários na letra do artigo 1255º do Código Civil. Quanto a nós, abster-nos-emos de responder à questão porquanto se afasta do objeto da nossa reflexão a (eventual) posse por legatário, visto que esta incidirá, necessariamente, sobre coisas previamente definidas e já não sobre quotas ou quinhões hereditários; pelo que se um legatário usucapisse bens de herança indivisa ou jacente fá-lo-ia sempre como terceiro estranho à própria herança; sendo certo que não é sobre essas situações que nos propusemos dissertar. No entanto tendemos a concordar com os autores, que como MENEZES CORDEIRO, defendem que *enquanto a coisa legada não for entregue ao legatário, este não é possuidor*.

²⁹⁶ O que sempre faríamos em sentido de os considerar possuidores.

²⁹⁷ E que, muito embora não tenhamos dados estatísticos ou *oficiais*, cremos que, nos mais dos casos, se trate de um número plural (motivadas somos, tão-só, pelo que na comunidade em que, inseridas, vamos vendo).

apreensão material da coisa; o que bem se compreende, para evitar hiatos na situação dessas mesmas coisas.

Oliveira Ascensão vai mais longe e ensina que a posse continuará nos sucessores independentemente, também, *do conhecimento da morte do de cujus, ou do facto designativo ou até da existência do bem*²⁹⁸. O mesmo é dizer que para além da falta de *corpus*, que se traduziria na falta de apreensão material, o legislador quis conferir proteção e tutela possessória, também, a sujeitos sem *animus*, só pelo simples facto de sucederem a quem tinha tido verdadeira posse.

E parece-nos que deva ser, exatamente, assim: pese embora o artigo 2050º/1 do Código Civil estabeleça que mesmo sem ser necessária a apreensão material dos mesmos, *o domínio e a posse dos bens da herança só se adquirem com a aceitação da mesma*²⁹⁹, o que sempre há de significar, pelo menos, o conhecimento da morte do *de cujus*, embora não queira necessariamente dizer que haja conhecimento dos concretos bens a possuir ou deste efeito legal; os artigos 1255º e 2050º/2 fazem-nos crer, como Oliveira Ascensão, que o legislador quis proteger os sucessores independentemente do seu *corpus* e *animus* possessórios. E assim entendemos porque o estado de indefinição e incerteza quanto à afetação dos bens da herança só terá termo com a partilha da mesma, pelo que não se veem alterações substanciais bastantes para criar regimes diversos para a herança jacente e a herança indivisa, principalmente se se entender, como fazemos, que a ideia subjacente à criação da figura da sucessão na posse se prende com uma tentativa de evitar hiatos e situações de *vazio*.

Em sentido contrário ao nosso, Espinosa Gomes da Silva³⁰⁰ defende que o *sucessível do proprietário não tem a posse antes da aceitação*, [ainda que tenha] *legitimidade para intentar ações possessórias*, nos termos do artigo 2047º do Código Civil.

Face ao exposto, não pode dizer-se que se trata de uma posse em nome próprio, nem que esta tenha carácter pessoal e exclusivo; mesmo, até, nos casos em que os sucessores apreenderam materialmente as coisas em questão e por isso as hajam explorado. Sucede deste

Como nós, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na sua anotação ao artigo 2050º do Código Civil, op. cit., entendem esta como uma *hipótese frequentíssima*.

²⁹⁸ Confira-se, *idem*, página 84.

²⁹⁹ Apesar de o número seguinte do mesmo artigo estabelecer que, após a aceitação, os efeitos que daí advêm se retroagirão ao momento da abertura da sucessão, a fim de evitar a ocorrência dos já referidos *hiatos na situação dos bens*.

³⁰⁰ *Apud* ABÍLIO NETO, *opere citato*, na anotação ao artigo 2050º do Código Civil.

jeito porque esta transferência – ou continuação, em bom rigor - acontece por mera decor-
rência legal, o que faz com que com *a abertura da herança, não se [inicie] uma nova posse*
[porquanto] *a posse do sucessor (ou sucessores) forma um todo com a do de cujus, havendo*
*apenas uma alteração subjetiva*³⁰¹. Ou, nas esclarecedoras palavras que o Marquês de Seabra
há empregue na redação do artigo 2015º do seu Código Civil, *sendo várias as pessoas cha-*
madas simultaneamente à mesma herança, será o seu direito indivisível, tanto a respeito da
posse como do domínio, enquanto a partilha não se fizer.

Desta feita, e sempre que haja lugar a partilha (o que só acontecerá, *stricto sensu*,
quando concorrer à sucessão mais do que uma pessoa) e até ao momento em que esta ocorra,
a posse dos sucessores sempre será uma continuação da do *de cujus*, alterando-se o sujeito
que a encabeça mas que, por sua vez, não o fará por si e na convicção do exercício de um
seu direito, mas enquanto herdeiro e por isso enquanto representante, juntamente com outras
pessoas, de um possuidor falecido³⁰². Até porque, e sempre que não se verifique a existência
de um herdeiro único e universal, cada um dos sucessores apenas o será na proporção da sua
quota³⁰³.

Todavia, e apesar de assim ser, não podemos deixar de rotular os herdeiros pré-par-
tilha e, inclusivamente, durante a jacência da herança (e por isso, pré-aceitação) de possui-
dores, ou compossuidores, apesar de o não serem se não em representação do *de cujus*, ainda
que com certas especificidades, que importa referir.

Mais se diga, nas palavras do Juiz-Conselheiro Orlando Afonso³⁰⁴, que cada um dos
herdeiros dispõe de *uma quota ideal a qual, por natureza, é indeterminada*, e acrescentamos,
nós, que será ainda mais indeterminada durante a jacência da herança, visto que neste mo-
mento nem, tampouco, se sabe quantos serão os sujeitos por quem dividir a universalidade
de direitos que a herança constitui.

³⁰¹ Assim se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 23 de junho de 2016, proferido
no âmbito do processo número 581/07.8TBTVR.E1.S1 e relatado por Orlando Afonso e disponível em
<https://jurisprudencia.pt/acordao/126169/>; mas também in *Direitos Reais*, HENRIQUE MESQUITA, apud
ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, *idem*.

³⁰² O que não quer dizer que a posse dos sucessores seja exatamente nos termos em que era a do *de cujus*: os
herdeiros não podem, nunca, suceder na boa ou má fé do autor da sucessão porquanto esta tem um caráter
essencialmente subjetivo, que, a desconsiderar-se, conduziria a soluções injustas e desconformes à verdade
material. Não pensa assim SANTOS JUSTO, que na página dos seus *Direitos Reais*, já citados, escreve que a
posse continua com os seus carateres e chega, mesmo, a enumerar a *boa ou má fé*.

³⁰³ Seja esta fixada nos termos da lei, de testamento ou de disposição de última vontade.

³⁰⁴ No *supra* referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

Ora, só esta indeterminação bastaria para obstar à uma verdadeira posse, na medida em que esta necessariamente exige que uma concreta atuação correspondente ao exercício de um direito real, o que necessariamente acontecerá por referência a uma determinada coisa. E, em bom rigor, significa que só após o momento da partilha e consequente adjudicação de bens e direitos determinados a concretas pessoas será possível que estas iniciem uma nova posse, própria e plena.

Mas, tal não quer dizer que não haja posse!

Aliás, parece ser entendimento geral que perante uma herança jacente se possa apontar a existência de uma composses plena, no que toca à totalidade da herança; de uma posse alheia quanto à quota de cada um dos demais consortes; e, por fim, de uma posse exercida em nome pessoal, enquanto herdeiro, da sua quota. E assim é porque, no dizer de Pires de Lima³⁰⁵ *a posse de toda a propriedade* [abrange] *a posse de cada uma das parcelas em que ela se encontra desdobrada*³⁰⁶, mesmo que nem sequer seja possível apontar com precisão a fração matemática a que elas correspondem.

Aqui chegadas podemos, pois, afirmar que enquanto a herança se mantiver jacente os sucessores que a ela concorram não devem deixar de ser considerados possuidores, porquanto assim o estabelece a letra da lei. No entanto, como procurámos demonstrar, não devemos falar em posse exclusiva e em nome próprio, uma vez que, os sucessores apenas continuam a posse do *de cuius*, relativamente a todo o acervo hereditário, não o fazendo por si ou relativamente a coisas concretas que componham ou correspondam ao seu quinhão.

POSSE PRECÁRIA?

Mas tal significa que se encontra preenchida a hipótese do artigo 1253º do Código Civil, mormente a da sua alínea c)?

Já *supra* dissemos que a detenção acaba por ser uma posse *sem animus*, isto é uma situação em que o *corpus* possessório, enquanto poder de facto sobre determinada coisa,

³⁰⁵ *In Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 95º, página 91; *apud* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de julho de 1971, relatado por Eduardo Arala Chaves, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105º, número 3478, páginas 204 e seguintes.

³⁰⁶ Até porque, apesar desse estado de *comunhão*, nada impede que cada um dos herdeiros, *per se*, disponha ou renuncie à sua quota-parte.

aparece desacompanhado do *animus* de o fazer como se verdadeiro titular de um direito real sobre aquela coisa se fosse.

Ora, não nos parece que seja esta a situação.

A sucessão *mortis causa* na posse isenta o novo possuidor de apreender materialmente a coisa ou de, sobre ela, exercer qualquer tipo de domínio; presumindo-lhe, ainda, *animus* bastante para que possa falar-se em posse, aliás em consonância com o disposto no artigo 1252º/2 do Código Civil; pelo que não se vê possível a subsunção dos herdeiros em qualquer uma das hipóteses do artigo 1253º do Código Civil.

Se não vejamos: as alíneas a) e b) ficariam de antemão excluídas, a primeira devido ao teor do artigo 1255º *in fine*, que dispensa o exercício de qualquer poder de facto; e a segunda porquanto não há qualquer manifestação de tolerância, desde logo porque o direito ainda não tem um titular definido que pudesse tolerar a intervenção de terceiros. Restar-nos-ia, assim, a alínea c), pese embora se excluísse, no imediato a situação dos *mandatários do possuidor*; porém sucede que os herdeiros não são representantes do possuidor, ao invés são quem lhe sucede, encabeçando os direitos e deveres que este há tido; não agindo, assim, segundo as diretrizes e orientações do *de cuius* mas segundo as suas próprias intenções e expectativas, muito embora balizadas e restringidas pelas intenções e expectativas dos demais sujeitos que consigo concorram à sucessão, num equilíbrio de (por vezes) ténue concertação.

Nestes termos, entendemos não poder falar-se em posse precária; mas antes de uma posse *sui generis*, nos termos em que procurámos demonstrar. Isto é, uma verdadeira posse, com *corpus* e *animus* (ainda que, muitas vezes, os seus termos não excedam os da presunção), que, contudo, não é exercida em nome próprio, com personalidade e exclusividade; mas antes, exercida em conjunto pela pluralidade dos herdeiros, desconsiderando quinhões hereditários ou a futura afetação, que se definirá aquando da partilha. Ou, talvez, com maior precisão, uma posse meramente legal.

Mas, tal não significa que a usucapabilidade de alguns bens sobre os quais incidam os direitos que compõem a herança esteja, de antemão, excluída. Dizia Pires de Lima³⁰⁷ que *a unidade da posse em relação à totalidade da coisa possuída não é obstáculo à aquisição de direitos apenas em relação de determinadas quotas*. Não temos como discordar.

³⁰⁷ *Ibidem*.

Como demonstrámos, a herança jacente, enquanto universalidade de direitos, implicará, nos mais dos casos uma cotitularidade entre os vários herdeiros; que, quanto, às concretas coisas, serão compossuidores (quase) precários, nos exatos termos da posse do autor da sucessão.

Contudo, o que acabámos de afirmar também, não pode significar, sem mais, a possibilidade de um herdeiro adquirir, mediante a invocação da usucapião, uma concreta coisa que haja pertencido ao *de cujus*, sem que isso venha a repercutir-se na concretização do seu quinhão hereditário.

Ora, aqui chegadas, socorrer-nos-emos dos ensinamentos de Vaz Serra, para quem a resposta à questão da usucapabilidade tem de seguir um de dois caminhos. Ou se admite, desde que, para o efeito, se inverta o título da posse, como defendem Manuel Rodrigues e Cunha Gonçalves; ou se rejeita se se entender a herança jacente como uma situação de compropriedade e correspondente comosse, em que a inversão do título da posse não poderá ter lugar e, bem assim, qualquer comproprietário possa exigir, a todo o momento, a divisão da coisa comum, mediante partilha, como defendia Santos Silveira.³⁰⁸

Tal como aquele Mestre também nos encaminhamos pela primeira corrente de opinião, como *infra* havemos de procurar demonstrar.

2. AQUISIÇÃO DA POSSE

Antes de mais, o artigo 1263º do Código Civil reúne sob a epígrafe *aquisição da posse* quatro hipótese, que *infra* descreveremos. Todavia, não pode inferir-se do teor do artigo o seu carácter taxativo, uma vez que há outras situações que legitimam que alguém se torne possuidor. Ademais, se assim não fosse, desvirtuar-se-ia todo o instituto da posse na medida em que este sempre terá de ter um carácter dinâmico.

Por outro lado, reforçamos que as hipóteses a que iremos aludir sempre terão de respeitar os *requisitos genéricos e essenciais da posse*: o *corpus* e o *animus*, que se relacionam de forma entrelaçada, em total dependência.³⁰⁹

³⁰⁸ Vide, neste sentido a Anotação do Autor ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de julho de 1971, relatado por Eduardo Arala Chaves, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105º, número 3478, páginas 204 e seguintes.

³⁰⁹ Assim, DURVAL FERREIRA, *idem*, página 155.

2.1. PRÁTICA REITERADA DE ATOS MATERIAIS – REMISSÃO

Uma das formas de aquisição da posse, prevista no artigo 1263º/a do Código Civil implica a *prática reiterada, com publicidade, dos atos materiais correspondentes ao exercício* [de um] *direito*; e, portanto, coincidentes como o que rotulámos como *corpus*³¹⁰; exigindo-se, portanto, a prática efetiva dos tais atos e não a mera possibilidade física de o fazer. Assim é desde tempos imemoriais, e, como fomos dizendo, corresponderá à generalidade das situações gerais de aquisição de posse boa para usucapião.

A norma legal exige, ainda, que os tais atos sejam praticados de forma continuada e estável, que atenda à natureza da coisa e, bem assim, à dimensão do direito à imagem do qual se possui. Assim como, de forma pública, isto é, por forma a que seja conhecida na comunidade em que o sujeito e a coisa se inserem³¹¹, redefinindo-se, portanto, os termos exigidos no artigo 1262º do Código Civil.

Isto posto, embora não se exclua que a posse de um bem cujo direito respetivo integre o acervo hereditário possa ser adquirida pela prática de atos nos termos prescritos por aquela alínea a), não entendemos que esses casos devam subsumir-se nessa norma. Antes, julgamos essas hipóteses integradas no âmbito do disposto na alínea d) do mesmo artigo 1263º do Código Civil, nos termos que *infra* procuraremos descortinar, uma vez que cremos que este apossamento mediante a prática de atos materiais sempre ocorrerá no âmbito da administração da herança jacente ou de uma destinação informal, a que aludiremos *infra*.

³¹⁰ Pese embora o *corpus* não tenha, necessariamente, de corresponder à prática de atos materiais ou físicos. Para melhores e mais aprofundados desenvolvimentos, relembre-se o que diz ORLANDO DE CARVALHO, *opere citato*, página 294. Até porque não é estranho que haja posse independentemente de contacto físico.

³¹¹ Ensina DURVAL FERREIRA, *idem*, página 138, que há situações em que a publicidade será diminuta, como ocorrerá quanto *aos adornos, quadros de parede, pratas, antiguidades, coleções, livro de biblioteca, roupas caseiras, etc*; o que bem se compreende dado o carácter destes bens, cuja utilização se prende com alguma intimidade doméstica ou familiar. Impõe-se, ainda, que se diga que nestes casos não pode deixar de falar-se em posse, na medida em que dispõe o artigo 1258º do Código Civil *in fine* que também a posse oculta é uma espécie de posse; pelo que não se vê qualquer impedimento em que a posse a adquirir se caracterize nestes termos. No entanto, caso assim suceda, há a esclarecer que só será uma posse boa para usucapião, que é o que releva para a presente exposição, nos casos do artigo 1300º/2 do Código Civil.

2.2. TRADIÇÃO MATERIAL OU SIMBÓLICA DA COISA

Uma outra forma de aquisição de posse, desta feita derivada, prende-se com a tradição, prevista no artigo 1263º/b do Código Civil, em que a transmissão jurídica e a transmissão material surgem a par, muito embora a tradição possa ser material ou simbólica³¹².

Assim, a tradição material distingue-se da simbólica porquanto a primeira implica *uma atividade exterior que se traduz nos atos de entregar e receber*³¹³, ao passo que a simbólica se cinge, principalmente, a um consenso, atingido pela via comunicacional. Já no direito romano, se entendia que a tradição simbólica ocorreria mediante a *traditio longa manu*, que consistia, *grosso modo*, em apontar para a coisa a transmitir, vista ao longe, colocando-a à disposição, mas sem a sua entrega material; mediante *traditio brevi manu*, em que por acordo com o anterior possuidor, o detentor se convertia em possuidor, substituindo-o³¹⁴; e, ainda, mediante a *traditio ficta*, que consiste na entrega de um símbolo ou realização de um ato simbólico. No entanto, pese embora a preponderância do consenso ou acordo de vontades, não podemos deixar de concordar com Vassalo de Abreu³¹⁵ quando afirma *que os atos meramente jurídicos não transmitem a posse*, acrescentando, ainda, que esta tradição, mesmo que simbólica, não deixa de ser efetiva, na medida em que atribuiu ao novo possuidor a disponibilidade exclusiva da coisa. E, é precisamente essa disponibilização da coisa que faz surgir o *corpus*³¹⁶, cumulando-se, assim, os dois elementos essenciais e indissociáveis da posse.

Isto posto, basta que se atenda ao facto de se tratar de uma forma derivada de adquirir a posse para que se conclua que não bastam os intentos do (novo) possuidor para que esta forma de aquisição possa ter lugar. Desta feita, é necessário que quem seja titular de um direito real sobre uma coisa, e, por tal, seja simultaneamente possuidor proceda à transmissão

³¹² Diz OLIVEIRA ASCENSÃO, in *Direito Civil – Reais, opere citato*, página 118, que a fim de dar concretização à intenção do legislador de desmaterialização dos negócios.

³¹³ Assim, MENEZES CORDERIO, *apud* SANTOS JUSTO, *ibidem*, página 197.

³¹⁴ Que, contudo, não tem correspondência no vigente Código Civil.

³¹⁵ In *A Necessidade de uma Mudança Jurisprudencial em Matéria de Acessão da Posse*, in *Revista da Ordem dos Advogados* (2012), ano 72, volume IV, outubro / dezembro de 2012, páginas 1247 e seguintes.

³¹⁶ Isto porque, uma vez que há consenso entre os possuidores pretérito e futuro, não há necessidade da prática intensa, pública e reiterada de atos materiais sobre a coisa que se exigia nos termos da alínea a) do artigo 1263º do Código Civil; visto que o indispensável *corpus* surge com esta entrega simbólica, materializando-se a partir de então. Certo é que para que possa, pois, falar-se de posse não bastará o consenso das partes, impõe-se a verificação dos sobejamente referidos *corpus* e *animus*.

voluntária, material ou simbólica, para um outro sujeito que, assim, se tornará (eventualmente titular do direito, mas, sempre,) possuidor; ocorrendo esta tradição por vontade de ambos os sujeitos, que sempre hão de pautar a sua atuação por um *animus possidendi*. Ou seja, para que a situação descrita nesta alínea b) tenha lugar é necessário que haja *duas vontades dirigidas ao mesmo fim*³¹⁷. Por outro lado, prescinde-se de qualquer validade formal, uma vez que não está (necessariamente) em causa a transmissão de um direito, e a posse dispensa este tipo de formalismos, assim como não é necessária a verificação de qualquer nota de publicidade; ademais, mesmo que o negócio padeça de vícios que lhe ditem a nulidade ou anulabilidade a aquisição da posse não fica prejudicada na medida em que se basta com o mero consenso das partes.

Deste modo, não é difícil vislumbrar que, não raras vezes os autores das sucessões, enquanto vivos, procurem acautelar a titularidade dos seus bens, destinando-os a cada um dos seus herdeiros, conforme juízos da sua vontade. Quando se tratar de um negócio jurídico que siga todas as imposições formais e substanciais prescritas por lei, não poderá falar-se em tradição material ou simbólica da posse, na medida em que, a menos que se fale de um negócio jurídico obrigacional, os efeitos dessa vontade só se produzirão com a morte do *transmitente*, como sucede com o testamento ou os contratos sucessórios previstos no artigo 2028º do Código Civil.

Mas, bem se vê – e já o temos dito – que nem sempre há coincidência ou, sequer, correspondência, entre os atos que vão sendo praticados, ilustrativos de uma vontade concreta do sujeito que lhe dá azo, e a forma e tramitação que a lei prescreve. Assim, e principalmente junto de uma faixa de pessoas menos conhecedoras da lei, não é raro que se encontre quem, em vida, proceda a uma partilha informal, diametralmente oposta à do artigo 2029º do Código Civil.

PARTILHA EM VIDA

A partilha em vida é um fenómeno cuja consagração se deveu a uma adequação das disposições normativas àquilo que vinha sendo um costume cada vez mais português, pese embora a sua origem remonte ao direito romano; só tendo, por isso, sido integrada no Código

³¹⁷ Nestes termos ENNECERUS-KIPP-WOLPF, *apud* DURVAL FERREIRA, *ibidem*, página 166.

de Seabra em 1930, com o Decreto número 19125, de 15 de dezembro, que acrescentou o §6º ao artigo 2170º; disposição mantida pelo atual Código, no seu artigo 2029º.

Ora, na verdade, estar-se-á perante um verdadeiro contrato de doação, cuja validade depende do consentimento de todos os herdeiros, a fim de salvaguardar alguma *igualdade* entre estes, ainda que não se exija que todos eles sejam donatários (ficando, assim, no direito de receber tornas a pagar pelos herdeiros que não receberam). Mas, diz Menezes Leitão³¹⁸ que a importância da partilha em vida se prende com o desempenho de *uma necessidade sociológica fundamental* ao prevenir e evitar os litígios que entre os sucessíveis, muitas vezes, surgem; sendo, ainda, certo que acaba por cumprir os desígnios e vontades do autor da sucessão.

Sucede, assim que, frequentemente, há pessoas, mormente, proprietárias de prédios rústicos de cultivo, de fábricas ou outros meios de produção, que a partir de uma determinada altura das suas vidas, por norma em idade avançada, optam por *entregar* uma parte ou a totalidade dos mesmos aos seus herdeiros, para que estes os cuidem e tratem como se coisa própria sua fosse, frutificando-os e aproveitando as suas utilidades.

Como não pode deixar de suceder num instituto de índole tão costumeira como este, não raras vezes a vontade expressa por um sujeito não respeita as exigências que a lei previu. Assim, há quem, pese embora, não proceda a nenhuma doação ou testamento, apenas se cinja a reunir os sucessíveis e explicitar a sua vontade em atribuir a cada um deles um determinado bem do seu acervo hereditário, atendendo às aptidões de cada um deles e às necessidades de cuidado e administração do bem.

Não obstante o disposto no *supra* referido artigo do Código Civil, sempre se poderá rotular este fenómeno como uma partilha em vida, de carácter informal³¹⁹, porquanto é precisamente esse o intuito de quem assim procede: partilhar, com mais ou menos justeza, o seu património pelos seus herdeiros.

³¹⁸ *Apud* MARIA DE CARVALHO LEMOS, A “Partilha em Vida” e a Inoficiosidade - Um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido?, página 14

³¹⁹ Também assim o disse a Juiz-Relatora Ana Luísa Geraldês, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 21 de maio de 2009 e proferido no âmbito do processo 799/2002.L1-8; disponível em <https://juris-prudencia.pt/acordao/77323/> e aí consultado no dia 18 de julho de 2020, às 20h10. Para além do mais, reza que *procedendo à entrega e fruição desses bens imóveis aos seus três filhos [os falecidos Pais], revelaram, por essa via, a clara intenção de transferir a posse dos referidos prédios a cada um deles. Tanto mais que, a partir dessa entrega, cada um deles passou a cultivar os prédios, neles fazendo benfeitorias e deles retirando os frutos que os mesmos produziram sem intervenção dos seus falecidos pais.*

Ora – e independentemente do *nomen iuris* – é imperativo que se reconheça que, nestes casos, a posse do sucessível tem de ser pensada de uma forma distinta.

Isto porque, mesmo que o *de cuius* tenha, apenas, destinado a que herdeiro viria a ser atribuída cada coisa, com o seu decesso, há já uma delimitação do âmbito da posse *sui generis* estatuída pela lei. Tanto que, muito embora não haja qualquer carácter de obrigatoriedade na tal *divisão*, à partida será de respeitar a vontade do autor da sucessão, até porque, regra geral, se trata de um familiar do sucessível.

Fica, portanto, claro, que quando assim procedem, os (por norma) ascendentes e autores da futura sucessão pretendem, pelo menos, transferir a posse dos seus bens para os sucessíveis a quem os destinam; operando-se, portanto, uma tradição dessa coisa, o que permite a aquisição da posse.

Mas, mesmo que assim não se entendesse, sempre se imporia concluir que a posse viria a ser adquirida pelo sucessível que, praticando atos materiais correspondentes ao exercício do *corpus* possessório sempre se subsumiria à hipótese da alínea a) anteriormente aludida, desde que o sucessível agisse por forma a refletir aquela que vinha sendo a atitude do autor da sucessão³²⁰.

E impõe-se, então, que o sucessível adquira a posse, na medida em que dispõe o artigo 1252º/2 do Código Civil que a existência de *corpus* permite presumir a existência de verdadeira posse; ideia, esta, comprovada pelo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça³²¹ que fez cessar celeumas e discussões ao esclarecer que *podem adquirir por usucapião, se a presunção de posse não for ilidida, os que exercem o poder de facto sobre uma coisa*.

Por sua vez, em tratando-se de uma verdadeira partilha em vida, há a dizer que o problema de que aqui temos tratado não se aplica, visto que não há qualquer jacência, nem, tampouco, uma herança, uma vez que a propriedade dos bens que compõem o acervo hereditário é transferida *pre mortem*, não se abrindo, assim, qualquer sucessão que possa ser usucapida.

³²⁰ Visto que a prática reiterada desses atos materiais permite essa aquisição, independentemente da situação matricial ou registal e da liquidação de eventuais impostos sobre as coisas.

³²¹ Relatado pelo Conselheiro Amâncio Ferreira e proferido no âmbito do processo 085204 a 14 de maio de 1996; disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/152893/>.

2.3.CONSTITUTO POSSESSÓRIO

O *constituto* possessório é uma forma de aquisição de posse prevista nos artigos 1263º/c e 1264º do Código Civil, que implica que com a transmissão de um direito real que comporte uma dimensão possessória, o negócio translativo significará, também, a transmissão da posse para o adquirente, *solo consensu*, isto é independentemente de atos materiais ou simbólicos³²².

Ora, no caso em apreço – e por se tratar de aquisição sucessória -, esta forma de aquisição não pode ter lugar, na medida em que caso houvesse uma transmissão de um direito real, mediante a celebração de um negócio de natureza translativa, o bem transmitido ficaria, desde logo, excluído do acervo hereditário; pelo que aquando da abertura da sucessão não se colocariam dúvidas nem problemas relativamente àquelas coisas.

Assim sendo, não se vislumbra como pode, um sucessível, adquirir a posse sobre um dos bens que componham o espólio hereditário nestes termos; mas, uma vez que se trata de uma forma de aquisição (geral) da posse, nos termos do tal artigo 1263º do Código Civil não podíamos abster-nos de lhe fazer uma alusão.

2.4.INVERSÃO DO TÍTULO DE POSSE

Dispõe o artigo 1263º/d do Código Civil que a posse se adquire, para além do mais, por inversão do título de posse; cuja concretização consta do artigo 1265º do mesmo diploma legal³²³: em que se levantam as hipóteses de o título se inverter *por oposição do detentor do*

³²² Vide, neste sentido, a anotação ao artigo 1264º do *Código Civil Anotado* de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *opere citato*. Por seu turno VASSALO DE ABREU, *ibidem*, entende que o *constituto* possessório, apenas *carece totalmente de qualquer sinal externo de recognoscibilidade, não porque a transmissão da posse opere por mero efeito do contrato, mau grado as aparências nesse sentido, mas porque estamos perante situações em que a exigência de entrega, material ou simbólica, não faria sentido, por razões de economia processual, e apenas por isso*; clarificando que são razões de *economia processual que justificam este instituto: ele traduz o reconhecimento e é consequência de uma situação em que a tradição (material ou simbólica) se mostra desnecessária*.

³²³ Diferentemente do Marquês de Seabra, o Legislador de 1966 optou por não definir *a inversão do título de posse*. Por seu turno, o artigo 510º do decano Código dispunha que *quem [possuísse] em nome de outrem não [podia] adquirir por prescrição a coisa possuída, exceto achando-se invertido o título de posse, quer por facto de terceiro, quer por oposição feita pelo possuidor do direito daquele, em cujo nome possuía, e não repelida por este; mas, em tal caso, a prescrição [começaria] a correr desde a dita inversão do título // § único: diz-se invertido o título, que é substituído por outro capaz de transferir a posse ou domínio*.

direito contra aquele em cujo nome possuía assim como de esse fenómeno se dar *por ato de terceiro capaz de transferir a posse*. Assim, pode afirmar-se, com Rui Pinto Duarte³²⁴, que a inversão do título *consiste na passagem do detentor em nome alheio a possuidor em nome próprio*; mas, também, com Orlando de Carvalho que se trata da *substituição de um animus por outro*, isto é, da *substituição psicológica da razão a cujo título se [exercem atos de posse]*³²⁵.

Trata-se, assim, de uma forma de aquisição originária e instantânea da posse.

Sucedem, porém, que *supra* dissemos não considerar os herdeiros possuidores precários, ou detentores, nos termos do artigo 1253º/c do Código Civil na medida em que considerámos que estes sempre teriam um *animus* que os detentores ou possuidores em nome de outrem não têm. Ainda assim, também aludimos ao facto de não poder considerar-se que cada um dos herdeiros, individualmente pensado, não ser possuidor em nome próprio. Desta feita, temos - para nós - que é importante fazer uma interpretação extensiva do instituto da *inversão do título*, aplicando-a, também ao caso dos herdeiros, dada a tal necessidade de substituir um *animus* por outro.

Ou seja, muito embora os consideremos possuidores *sui generis* ou legais dissemos que essa posse não bastaria para que a usucapião tivesse lugar, a menos que se achasse invertido o título por que possuem; sendo, para tanto, necessário que passassem a possuir de forma exclusiva e em nome próprio certo e determinado bem. Até porque esta posse, ao ser suscitada pela lei e independente da prática de atos materiais, jamais poderia conduzir à usucapião, enquanto instituto cujo propósito pode resumir-se na concretização da máxima revolucionária de que *a terra é de quem a trabalha*.

Nestes termos, não vemos qualquer impedimento à aplicação da *interversio possessionis* (que não, talvez, o linguístico), visto que na situação de que tratamos se reúnem os pressupostos necessários à sua aplicação: a existência de um sujeito que venha exercendo sobre uma determinada coisa poderes empíricos, que, a partir de um concreto momento e com base numa qualquer razão originada na sequência do exercício daqueles poderes de facto, passa a agir sobre essa mesma coisa em termos de um direito real – ou de um direito

³²⁴ *In Curso de Direitos Reais*, 2ª edição revista e aumentada, Princípia, página 285.

³²⁵ *Ibidem*, página 298.

real mais denso – de uma forma inequívoca, ainda que possa levantar dúvidas e incertezas jurídicas.

Isto posto, bem se vê que, pelo menos em termos latos, sempre terá de ocorrer uma inversão do título de posse; só não pode, do emprego desta expressão jurídica, inferir-se que, de alguma forma, consideramos os herdeiros de uma herança jacente meros detentores ou possuidores precários. Antes, só se reconhece que para poderem usucapir terão de deixar de possuir como sucessíveis e passar a fazê-lo como possuidores *stricto sensu*. O que se mostra absolutamente imprescindível, pois só com uma posse efetiva e em nome próprio lhe será possível usucapir os bens da herança.

O que pode acontecer, segundo cremos, de muitas maneiras; o que, aliás, fica claro com a previsão de duas formas alternativas no já aludido artigo 1265º do Código Civil.

POR OPOSIÇÃO DO HERDEIRO

Para que possa falar-se em inversão de título da posse mediante a oposição do sujeito cujos termos da posse não lhe permitiam invocar a usucapião é necessário que haja uma oposição categórica e inquestionável; que permita que as dúvidas existentes acerca do modo como se possuía fiquem sanadas, sobrepondo-se, por isso, à representação da anterior forma de possuir. É, portanto, necessário que a intenção de agir como possuidor em nome próprio chegue ao conhecimento dos demais (com)possuidores, não se exigindo, contudo, que estes a repilam³²⁶.

Orlando de Carvalho, contrariamente à generalidade da doutrina, entende que a oposição pode ser implícita ou explícita, por entender que o que verdadeiramente releva para que possa falar-se em oposição se prende com a declaração de vontade e não, tanto, com atos ou exteriorizações fáticas por se estar no domínio do *animus*.

A oposição explícita implica um certo formalismo. Será, pois, necessário que o herdeiro comunique diretamente com os demais (muito embora não se exija comunicação direta ou presencial), a fim de lhes dar conta da sua intenção de possuir em nome próprio; não

³²⁶ Diferentemente do que sucedia durante a vigência do anterior Código Civil

prescindindo de atos materiais que confirmam seriedade a essa comunicação, ainda que nem sempre correspondam a atos inequívocas dessa mesma posse intencionada.

Ao passo que a oposição implícita ocorrerá sempre que um ato inequívoco e *absolutamente* concludente, fático, jurídico ou judiciário, permita que os demais herdeiros se apercebam que um herdeiro passou a assumir-se como possuidor em nome próprio de determinada coisa sobre a qual incide um direito pertencente à universalidade que a herança é.

Tendemos a concordar com o Autor, considerando que nada obsta a que a posse própria de um herdeiro seja resultado de uma oposição implícita; como *infra* procuraremos demonstrar; mas que desde já se diz sempre corresponder à *arrogação* de uma coisa como sua, e, nessa sequência, o uso e fruição da mesma nos exatos termos em que ocorreriam caso se tratasse de coisa propriedade do herdeiro, ou nas doudas palavras do Desembargador Manuel Capelo³²⁷, impõe-se a *alegação e prova de factos concretos de onde decorra uma nova posse diferente da de herdeiro, com características explícitas e inequívocas de exclusividade e com animus de proprietário*; ainda que, não se olvida, essa existência de *corpus* permita presumir³²⁸ a existência do correspondente *animus* e, por tal, de verdadeira posse, nos termos do artigo 1252º/2 do Código Civil, e na linha do previsto no artigo 418§1 do Código de Seabra.

ATOS DE MERA ADMINISTRAÇÃO

Como *supra* se referiu, a herança jacente, pese embora não tenha, ainda, definidos, quais os determinados sujeitos que a ela concorrerão, carece de ser administrada e cuidada, sob pena da sua deterioração ou absoluta desvalorização.

Sempre que haja concurso de mais do que um herdeiro – o que, como se disse, acontecerá na quase totalidade dos casos -, a administração e prática de atos de conservação está ao alcance de qualquer um deles, mesmo que não a tenha aceitado ou repudiado, e sem que daí possa inferir-se qualquer uma destas opções.

³²⁷ Vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra por si relatado, datado de 10 de julho de 2013, proferido no âmbito do processo 41/08.0TBTMR.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/66e5a2e3acb38de780257bda00539bd9?OpenDocument> e aí consultado em 15 de outubro de 2019, às 13h00.

³²⁸ Trata-se de uma presunção ilidível; que comporta para o sujeito que pretende opor-se à existência da tal posse o ónus da sua ilisão.

Pode, inclusivamente, dizer-se que o artigo 2047º do Código Civil contempla, quase, um poder-dever³²⁹ para os sucessíveis: *providenciar acerca da administração dos bens, se do retardamento das providências puderem resultar prejuízos*. Nestes termos, é ponto asente que cada uma das pessoas chamadas à sucessão não só pode como, também, deve guardar, conservar, salvaguardar a frutificação e praticar atos de administração ordinária dos bens da herança jacente; muito embora não disponha de poderes de administração extraordinária nem de disposição; com o intuito de salvaguardar a sua posição enquanto eventual sucessora, mas também, a de eventuais terceiros, como *supra* se procurou explicar.

E, uma vez que não pode falar-se, ainda, em cabecelato por não se encontrarem, com certeza, determinados os sucessores, o número 2 daquele artigo do Código Civil estipula que todos os sucessíveis dispõem dos aludidos poderes.

Isto posto, deve atender-se ao facto de qualquer um dos sucessíveis dispor de poderes legalmente previstos que lhe permite praticar atos de administração da herança que, muitas vezes, poderão identificar-se ou confundir-se com atos respeitantes ao *corpus* possessório.

No entanto, a este respeito, ensina Manuel Rodrigues³³⁰ que *o poder de facto resultante do exercício de funções nunca constitui posse*. Afirmação com a qual concordamos inteiramente, visto que se a prática de determinados atos acontece na sequência de um dever – ou de um poder-dever como cremos ser o caso do artigo 2047º do Código Civil – sempre permanecerá desacompanhada de *animus* possessório, pelo que insuficiente quer se queira falar em posse em nome próprio quer, até, para a posse que denominamos *sui generis*, enquanto herdeiro. Muito embora, não excluamos o disposto no artigo 1255º do Código Civil e as conclusões que daí emergem. Ou seja, não excluimos que um herdeiro, mesmo antes da aceitação deva ser considerado possuidor, por determinação legal; no entanto, não podemos ver a sua posse originada ou reforçada pela prática dos tais atos de administração³³¹.

³²⁹ Como aliás é dito em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, datado de 24 de outubro de 2012, proferido no âmbito do processo 0550/12 e relatado pelo Conselheiro Pedro Delgado, disponível em http://www.taxfile.pt/file_bank/news4412_7_1.pdf e consultado no dia 05 de julho de 2020, às 12h05; muito embora aí se aluda ao cabecelato e não tanto à administração da herança jacente. Por analogia, pensamos da mesma forma no que respeita à herança jacente e aos seus sucessíveis, muito embora a formulação negativa do artigo 2047º/1 do Código Civil.

³³⁰ *Idem*.

³³¹ Mais se diga que entendemos que o citado pensamento de Manuel Rodrigues deve aplicar-se, também, ao caso previsto no artigo 2048º do Código Civil; isto é, aos curadores da herança jacente; que não tendo que ser herdeiros, podem praticar os atos que vimos referindo, sem que daí lhes advenha qualquer posse.

Por tal, somos a concluir que a prática destes atos de administração, protagonizados por um sujeito que já tenha aceitado a herança, quer ainda o não tenha feito, nunca poderá significar a inversão do título de posse; permanecendo, esta, nos exatos termos em que se manteria caso o sucessível se abstivesse de qualquer intervenção ou contacto com a herança e os bens que compõem o seu acervo.

E dizemo-lo nestes termos porquanto, no caso da prática de atos de mera administração, não se verifica um *animus possidendi* nos exatos moldes necessários para que possa falar-se de posse. Ou seja, o herdeiro que proceda, por exemplo, à reparação de uma obra ou ao granjeio de um prédio rústico fá-lo, tão só, para evitar a destruição ou desvalorização dos mesmos³³², na qualidade de herdeiro, e não em nome pessoal, que, como dissemos, se assume como o critério de aferição de uma verdadeira posse ou, ao invés, de uma posse *sui generis*.

Mas, pelo contrário, já se disse que, legalmente, nenhum dos sucessíveis dispõe de poderes bastantes para prática de atos de administração extraordinária, isto é, atos que extravasem aquilo que seria tido como mera conservação.

No entanto – repetimo-nos -, a posse, apesar de não ser, na nossa ótica, um *antidireito*³³³ é, essencialmente, uma realidade fática (ainda que juridicamente relevante), e por isso, nem sempre seguindo de perto os trâmites e imposições legais. Com isto queremos dizer que, muito embora a lei não legitime os sucessíveis para a prática de atos de administração extraordinária dos bens que compõem determinado acervo hereditário não há, na realidade, nenhum impedimento fático que os impeça de ter lugar.

Nestes termos, e mesmo havendo mais do que um sucessível, não vemos qualquer impossibilidade fática em que um desses sujeitos comece a administrar determinada coisa como se coisa sua se tratasse; praticando, para o efeito, os tais atos de administração

³³² Quase num respeito sacramental pelo *de cuius* ou, até, numa tentativa de assegurar o valor do que ulteriormente lhe *calhará em sortes*.

³³³ Como ORLANDO DE CARVALHO, *opere citato*, páginas 171 e seguintes.

extraordinária³³⁴; fazendo-o, por isso, como se um bem presentemente seu se tratasse³³⁵, nos precisos termos do disposto no artigo 1263º/a do Código Civil, a que *supra* aludimos, e, que em suma, correspondem à prática de atos materiais sobre a coisa, de forma continuada e estável, com publicidade bastante que permita a cognoscibilidade por parte da comunidade em que o sujeito e a coisa se insiram, e, por isso, coincidentes com o exercício de um direito real³³⁶.

Se tal ocorrer, ter-se-á que reconhecer que se trata de um completo extravasar do exercício do poder-dever que o artigo 2047º do Código Civil contempla, e, por isso, nada impede que se pense num facto que legitima a aquisição de posse, mediante a inversão do título por oposição do herdeiro³³⁷.

POR ATO DE TERCEIRO

Por fim, o artigo 1265º *in fine* do Código Civil dispõe, ainda, que o título de posse pode ser invertido mediante um *ato de terceiro que se mostre* [em abstrato] *capaz de transferir a posse*.

A generalidade da doutrina aponta como exemplo desta forma de aquisição o caso de um locatário adquirir a propriedade do locado a um terceiro estranho à relação jurídica de locação e, por tal, passe a agir como verdadeiro proprietário. Não se expandindo em grandes considerações que não este preciso exemplo.

No entanto, sempre se poderá dizer com Menezes Cordeiro³³⁸ que pode considerar-se que o legislador quis referir-se a um ato praticado por um sujeito estranho à relação

³³⁴ Pensemos, para o efeito que, para além do mais, a universalidade da herança implica um direito de propriedade sobre uma vinha. Serão atos de administração ordinária, compreendidos no já referido poder-dever, o seu normal granjeio, para além do mais podendo, aplicando produtos fitofarmacêuticos e vindimando, por exemplo. Mas, proceder à redefinição da mesma, roteando, replantando, escolhendo novas castas e formas de produção já serão atos de verdadeira e pessoal posse.

³³⁵ E não, por sua vez, de um bem futuro; uma vez que assim pensar seria concordar com o que temos dito e, assim, o exercício do tal poder-dever. E, bem se vê, que assim não poderia ser, na medida em que a posse implica sempre uma nota de contemporaneidade.

³³⁶ Ainda nesta linha, veja-se a forma sintética mas sempre profunda com que SANTOS JUSTO, *idem*, páginas 195 e 196.

³³⁷ Pensamos desta forma porquanto sempre se trata de uma insurgência do herdeiro quanto à inércia dos demais, que assim passa a exercer uma posse em nome próprio, agindo como se verdadeiro e único proprietário da coisa em crise e concebendo-se, nestes termos, perante terceiros e, inclusivamente, para si mesmo.

³³⁸ *In Direitos Reais*, apud ABÍLIO NETO, *idem*, na anotação ao artigo 1265º do Código Civil.

possessória³³⁹, mas com potencialidade para *fazer passar a detenção a posse*, o que, em bom rigor, significa que teria, necessariamente, que tratar-se de um ato capaz de fazer com que o detentor passasse a agir como possuidor, porque, doravante, compelido por *animus possidendi*. Ora bem, sendo o terceiro estranho à relação possessória não pode dizer-se – nem pensar-se – que este seja possuidor ou detentor a qualquer título, pois se assim fosse, o negócio jurídico desencadearia uma situação de aquisição derivada da posse e não de aquisição originária como ocorre na inversão do título; daí que a expressão usado no trecho final do dito artigo se deva ler tendo por referência um ato que abstratamente considerado permitira a transferência da posse, e que, por tal, desencadeie uma mudança psicológica no (ex-)detentor.

Ora bem, dissemos que o *terceiro* seria alguém que não possuindo nem de forma alguma encabeçando qualquer direito sobre a coisa em questão. Assim sendo, não temos por que discordar que se um ou mais sucessíveis, independentemente de terem aceitado a sucessão, decidam proceder a uma *partilha informal*, destinando pelos demais e por si mesmos a titularidade dos vários direitos da herança se estará perante uma situação em que o título de posse se inverte; uma vez que com esse ato – caso seja respeitado ou, pelo menos, tido em conta pelos demais sucessíveis – alguns dos sucessíveis passarão a ver-se possuidores em nome pessoal de determinada coisa sobre a qual incida um direito do acervo hereditário.

E, deve entender-se esta *partilha informal* como um ato abstratamente capaz de transmitir a posse, na medida em que pese embora não tenha qualquer validade formal e se considere a partilha como um negócio meramente declarativo, permite balizar a posse de cada um dos sucessíveis³⁴⁰. Ou seja, estes deixarão de exercer uma posse legal sobre todo o acervo hereditário e cingirão os seus atos a determinada coisa; atos, esses, que corresponderão, nas

³³⁹ Ou no dizer de ORLANDO DE CARVALHO, *ibidem*, página 303: *alguém que não tem posse, arrogando-se por qualquer motivo, ou sem ele, a titularidade da coisa*.

³⁴⁰ Discordamos, por isso, do plasmado em Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 16 de dezembro de 1921 e relatado por A. L. Freitas, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 55º, número 2209, páginas 316 e seguintes; porque aí se diz que se a *partilha* for nula a posse não poderá transmitir-se para cada um dos herdeiros, mas, antes, permanecerá no conjunto dos sucessíveis. Ora, se assim se diz para os casos em que há inadequação da forma de partilha (no caso em apreço, ter-se-ia recorrido a escritura pública mesmo havendo herdeiros menores, o que implicaria o recurso ao processo de inventário), o mesmo se diria quanto aos casos em que a *forma* é absolutamente inexistente, porquanto a partilha é, apenas, *solo consensu*. Assim porque entendemos que para a transmissão da posse não há necessidade de reunir os mesmos pressupostos que a transmissão da propriedade implica.

mais das vezes, a atos de administração extraordinária perfeitamente coincidentes com os que um verdadeiro possuidor – e proprietário – levaria a cabo.

Não obstante o que viemos dizendo, há, contudo, a dizer que, reflexamente, esta *oposição de terceiro* sempre será uma oposição do próprio herdeiro; na medida em que não se concebe como pode um terceiro absolutamente estranho à sucessão aberta ditar divisões ou partilhas onde não será tido nem achado. No entanto, e embora não consigamos vislumbrar um exemplo nestes moldes, não se rejeita da possibilidade; sendo certo que, nessas circunstâncias, não haverá essa reflexa oposição do herdeiro.

Certo é que nos parece inelutável reconhecer que, pese embora o negócio translativo de partilha possa ser considerado nulo por total preterição de normas legais, nos termos dos artigos 220º e 294º do Código Civil, sempre terá de reconhecer-se que permite a aquisição da posse bastante para a usucapião, até porque assim não o fazer sempre significaria uma abstração *da realidade económica e social do nosso país, onde especialmente no interior Norte e Centro, uma boa parte das partilhas entre maiores, nomeadamente de imóveis constitutivos dos acervos das heranças, ainda é ou era feita “de boca”*³⁴¹.

O que, bem se vê, vai de encontro à função de adequação da materialidade ao direito que a posse e a usucapião devem prosseguir; sem prescindir de que, enquanto situação de facto juridicamente relevante a posse deve poder ser adquirida e mantida longe das amarras do formalismo normativo.

Mas, o Supremo Tribunal de Justiça havia ido mais longe³⁴², dizendo, isto mesmo, de uma forma mais expressiva e clara: *um dos casos típicos de inversão do título da posse é ter havido partilha de facto*, visto que só assim se baliza a posse em nome próprio de cada um dos herdeiros caso tenha havido inversão do título por que estes possuem, deixando,

³⁴¹ Assim se lê no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 06 de abril de 2017, proferido no âmbito do processo 1578/11.9TBVNG.P1.S1, relatado por Nunes Ribeiro; disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/116180776/details/maximized?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar> e aí consultado no dia 29 de abril de 2020, às 18h51.

³⁴² Vide o Acórdão deste Tribunal, datado de 31 de maio de 2004, proferido no âmbito do processo 04B3817, relatado por Custódio Montes; disponível em http://www.dgsi.pt/jstj_nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1dda4bdcce68dceb80256f8e003eba32?OpenDocument e aí consultado no dia 29 de abril de 2020, às 08h37, baseando, para tanto, a sua decisão nos argumentos de VAZ SERRA para quem a partilha de facto, embora juridicamente irrelevante, permite a inversão do título de posse, ao restringir o âmbito da posse de cada um dos sucessíveis, que assim passa a exercê-la de forma exclusiva em pessoal sobre determinada coisa, e, por isso, abre caminho à invocação da usucapião.

assim de o fazer em continuação da posse do *de cuius* e passando a fazê-lo *per se*; precisamente nos termos em que temos aludido.

3. USUCAPABILIDADE

Vimos, pois, que não há qualquer obstáculo lógico ou normativo à aquisição, pelo sucessível, de uma posse em seu nome, que recaia sobre uma ou mais coisas cujos direitos reais sobre elas incidentes caibam na universalidade de direitos que a herança jacente é.

Bem se viu que, mesmo atendendo à ideia de universalidade enquanto bem *maior do que a soma das partes* que a compõem, nada obsta à aquisição de determinadas coisas ou direitos³⁴³. Ora, para a reflexão a que vimos procedendo – já o dissemos – interessa, unicamente, a aquisição pela via da usucapião, que, por sua vez, exige a reunião de uma série de requisitos para que possa ter lugar, e que *infra* recordaremos.

3.1. POSSE À IMAGEM DE UM DIREITO REAL

Já demonstrámos, pois, que pese embora a abertura da sucessão origine uma posse a que chamámos *sui generis*, por dispensar a apreensão material da coisa sobre a qual respeita, de âmbito geral e impessoal, nada obsta a que uma verdadeira posse, em nome próprio do sucessível, seja adquirida por uma das vias previstas no artigo 1263º do Código Civil.

Como fomos referindo, a posse boa para usucapião implica um *corpus* e um *animus*, entrelaçados numa relação que Durval Ferreira diz ser de *biunivocidade*. Ora, o mesmo é dizer, que não se prescinde de uma relação material com a coisa, sempre pautada por uma convicção de que o exercício de poderes que aquela materialidade implica se trata do exercício que um verdadeiro titular de um direito real de gozo sobre aquela coisa assumiria.

Em suma, mesmo estando a herança jacente, sem que haja, portanto aceitação ou partilha da mesma, caso haja uma *apreensão material dos bens* [que conduza] *a uma posse natural, material ou efetiva, traduzida e consistente em atos materiais*³⁴⁴, pautada pela

³⁴³ Assim VAZ SERRA, *ibidem*, na linha do defendido e aí citado PIRES DE LIMA; apoiados, ambos os Mestres, no disposto na letra do artigo 530º/1 do Código Civil.

³⁴⁴ Assim o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 28 de abril de 1983, relatado por José dos Santos Silveira, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 120º, número 3757, páginas 120 e seguintes.

convicção de ser exercida sobre coisa própria e adquirida nos aludidos termos, haverá posse boa para usucapião, desde que cumpridos os demais requisitos, que a lei estabelece para a generalidade das situações.

E, há a dizer que se mostra absolutamente imperativo que a posse revista primeiramente duas características: publicidade e pacificidade.

PÚBLICA

Assim, para que possa permitir a aquisição *ad usucapionem*, a posse do sucessível terá de ser pública, nos termos já vistos nos termos gerais do artigo 1262º do Código Civil, reforçando-se, tão-só, que haverá publicidade nos casos em que a posse seja suscetível de ser conhecida pelos interessados, nos termos em que o seria para um *bonus paterfamilias*, medianamente prudente e diligente.

Portanto, o *corpus* deverá ser percecionado pelos *interessados*, como, aliás, prescreve a letra da lei. E há a dizer que os interessados serão não só os sucessíveis que concorram com o usucapiente, mas, também, os demais sujeitos da comunidade em que coisa e sujeitos se insiram³⁴⁵, precisamente nos termos *supra* aludidos³⁴⁶.

PACÍFICA

Por outro lado, tal como nos termos gerais, a posse boa para usucapir deve ser pacífica, não só aquando do momento da sua aquisição, como, também ao longo da sua manutenção, nos termos do artigo 1261º do Código Civil, a que *supra* aludimos.³⁴⁷

Assim, a posse só relevará para efeitos de usucapião nos estritos casos em que tenha sido adquirida sem recurso a qualquer violência ou ameaça, dirigida pelo próprio sucessível ou por terceiro, a todos ou a cada um dos sucessíveis ou a outro sujeito da comunidade em que a coisa e os intervenientes se encontrem, assim como em relação às coisas a possuir.

³⁴⁵ Uma vez que, neste caso, não é concebível que se pensem os interessados como os anteriores possuidores da coisa; uma vez que, para o assunto sobre o qual vimos discorrendo, apenas relevam situações em que estes terão, já, falecido.

³⁴⁶ Para onde remetemos, por razões de economia textual.

³⁴⁷ Também, neste caso, nada há a acrescentar em face do que dissemos.

3.2. DECURSO DO TEMPO

Um segundo requisito imposto pelo artigo 1287º do Código Civil prende-se com a manutenção da situação de posse por um determinado lapso temporal, como *supra* se foi dizendo.

Ora, como também dissemos, o tal lapso temporal será mais ou menos dilatado conforme a verificação de determinados requisitos, como são a existência do título, a verificação, ou não, de uma situação de boa fé, ou o registo da posse; sem desconsiderar, também, a própria natureza da coisa³⁴⁸.

TÍTULO

A posse é titulada, nos termos do disposto no artigo 1259º/1 do Código Civil, sempre que *fundada em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico*. Pelo que – reforçamos o já sobredito – parece resultar da letra da lei que o justo título que a posse titulada implica – perdoadas sejamos pela redundância – só terá lugar quando este seja, em abstrato, idóneo para a aquisição do direito real por referência ao qual se possui; devendo, por isso, respeitar as regras de forma que um negócio jurídico translativo tenha de obedecer³⁴⁹, a menos que o título equivalha à lei, como sucede nos casos de ocupação ou acessão, em que a forma se torna, claro está, irrelevante.

Bem, atendendo às formas de aquisição de posse por um sucessível que referimos, vê-se que a existência de justo título, na maioria das vezes, fica dificultada se não impossibilitada; sendo certo que, quanto a nós, só poderá haver título quando a posse provier do (futuro) autor da sucessão, porque a existência deste justo título encontra-se intimamente ligada à ideia de transmissão e bem se vê que a transmissão da coisa só poderá ter lugar se protagonizada pelo titular do direito real a transmitir que sobre ela incida³⁵⁰, ou, ainda, pelos

³⁴⁸ Isto é, se móvel ou imóvel.

³⁴⁹ Apesar de a substância e o conteúdo não terem de pugnar pela validade.

³⁵⁰ Assim, A. L. Freitas, em Acórdão da Relação de Coimbra de 16 de dezembro de 1921, *in Revista de Legislação de Jurisprudência*, ano 55º, número 2209, página 319, para quem *o justo título [deve] emanar dos autores da herança, que foi de quem os herdeiros adquiriram, e não dos outros coerdeiros que, pela escritura de partilha, nada transmitiram uns aos outros, e apenas repartiram entre si o que a todos tinha sido transmitidos*. O que bem se compreende porquanto à partilha é conferido caráter meramente declarativo, e nunca translativo, pelo que mesmo que esta respeite todos as formalidades prescritas por lei não pode atribuir-se-lhe o caráter de

coerdeiros, nos termos visto para no âmbito da inversão do título de posse, por ato de terceiro.

Por tal, nos casos de aquisição de posse por sucessível que correspondem ao disposto no artigo 1263º/a) do Código Civil: a aquisição mediante a prática reiterada de atos materiais, subsumíveis na ideia de *corpus* possessório, não nos parece que a posse possa entender-se titulada. Trata-se, assim, de uma situação que dispensa grandes comentários, na medida em que não restam dúvidas jurídicas ou, até, comunitárias que a mera prática reiterada de atos de posse não é, de forma alguma, um título em abstrato idóneo à aquisição do direito em cujos termos se possui.

Mas, já no que toca às situações que identificamos com a alínea b) do mesmo artigo, relacionadas com a tradição material e simbólica da coisa, não é possível uma resposta tão líquida quanto a que demos.

Referimos que a posse pode vir a ser adquirida se o titular de um direito real sobre uma coisa, por sua vontade, a pretenda transmitir a outrem – que virá a ser o novo possuidor –, de forma material ou simbólica; não havendo, assim, necessidade de obedecer a quaisquer formalidades para que a aquisição da posse se consubstancie. Ora, desde logo, esta última afirmação parece excluir a possibilidade de a posse, assim adquirida poder ser considerada como titulada, dadas as exigências do artigo 1259º do Código Civil.

Como fomos dizendo, até com o apoio da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, não raras vezes, as partilhas – em vida ou na pendência sucessão – ainda são feitas *de boca*; o que, em bom rigor, não lhes afeta a validade substancial mas fazem com que a posse assim adquirida seja tida como não titulada, porquanto dispõem os artigos 947º/1 e 2029º do Código Civil que as doações ou partilhas em vida carecem de forma escrita³⁵¹. E o

justo título de posse. Bem se vê que assim é, na medida em que não é com a partilha que se transmite ou adquire o que quer que seja, como, aliás, resulta do artigo 1317º/b do Código Civil. Também assim o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de abril de 1983, relatado por Santos Silveira, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 120º, número 3757, página 119 e seguintes; destacando-se a citação que aí se faz da obra de COELHO DA ROCHA: *As partilhas não têm o efeito de transferir o domínio, como era por direito romano; mas unicamente o de separar os bens, cuja propriedade e posse cada um dos co-herdeiros se reputa ter obtido desde a morte do defunto.*

³⁵¹ Veja-se, neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora proferido no âmbito do processo 199/14.9TBSTR.E1, a 27 de abril de 2017 e relatado pelo Desembargador Tomé Ramião, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/5c06de2c4d53684e80258121004df6ea?OpenDocument>, e aí consultado a 30 de julho de 2020, às 11h14.

mesmo valerá para os casos em que mesmo não havendo transferência material das coisas, um sujeito destina, de forma informal, como quer que as coisas sejam distribuídas aquando da abertura da sua sucessão.

O que, francamente, nos causa algum prurido.

Não olvidamos que considerar que a posse do sucessível adquirida por uma das vias referidas³⁵² lhe permita usucapir, porquanto se trata de uma verdadeira posse, cuja ausência de título só implica a necessidade de decurso de um lapso temporal superior; mas, não podemos concordar com a solução do legislador.

Percebemos que o título desempenha (quase) uma função de garantia da existência de uma verdadeira posse, mas não entendemos a opção por um formalismo desmesurado. No caso em apreço, como – talvez – na generalidade dos casos, não é justo que seja dada preferência ao respeito pela forma escrita com fé pública em detrimento, por exemplo, *do direito do transmitente*.

Ora, como vigora, entre nós, o princípio da consensualidade, presente no artigo 715º do Código de Seabra³⁵³ e no artigo 408º do Código Civil de 1966, que acompanhado pelo princípio da causalidade leva a que o título para a aquisição de um direito real - e já não da posse – não possa padecer de vícios geradores de nulidade, anulabilidade ou ineficácia pode perceber-se a *ratio legis* artigo 1259º do Código Civil; mas, nem por isso, a desconsideração da substância aí plasmada.

Para o que releva para a nossa exposição – reforçamos – parece-nos que seria da maior justiça, e nem por isso atentatório dos pilares basilares do nosso sistema juscivilístico, que a vontade de um sujeito titular de um direito real que se encaminhasse no sentido da transmissão *mortis causa* do mesmo a determinado sucessível, titulasse a posse que daí lhe adviesse. Da mesma forma que a vontade de quem, ainda em vida, *entrega* determinados meios de produção a determinado sucessível deveria, em nosso ver, também relevar. Até porque cremos veemente que a opção do legislador se mostra altamente formalista e desajustada de um fenómeno que, como a posse, se quer dinâmico e - já o dissemos - nem sempre próximo das *amarras* do direito e das normas jurídicas.

³⁵² Abstemo-nos de discorrer sobre as demais formas de aquisição de posse contempladas no artigo 1263º do Código Civil atento o que aquando da sua alusão dissemos.

³⁵³ Que assim rezava que *nas alienações de cousas certas e determinadas de certa espécie, a propriedade opera-se entre os contraentes, por mero efeito do contracto (...)*.

Bem, no caso da alínea c) do artigo 1263º do Código Civil, e uma vez que excluía de antemão das hipóteses que considerámos viáveis, abster-nos-emos de nos pronunciar quanto à existência de justo título para estes casos, porquanto não releva para o assunto que aqui nos traz.

Por sua vez, no que concerne à alínea d) da mesma norma, também não parece haver grande dúvida de que a posse adquirida nesses moldes será, desde logo e imperativamente, não titulada, na medida em que implica uma mudança anímica do possuidor, por vontade própria ou na sequência de ato de terceiro e não se adquire o direito real em cujos termos se possui, em virtude da mudança de animus.

Em síntese, embora percebamos a necessidade de conformação dos artigos 408º/1 e 1259º com o sistema de título do Código Civil não podemos deixar de defender que, de *iure condendo*, devesse permitir-se a existência de justo título de posse substancial e volitivamente válido, ainda que pecando no que à forma diz respeito³⁵⁴.

BOA FÉ

Já fomos dizendo que a boa fé é um estado subjetivo que, em suma, corresponde ao exercício de uma posse em nome próprio na convicção de esse exercício não lesar direitos de ninguém; como, aliás, reza o artigo 1260º/1 do Código Civil. Também aludimos ao facto de o artigo 1260º/2 *in fine* estabelecer uma presunção³⁵⁵ de posse de má fé nos casos em que o possuidor não disponha de justo título.

Na linha do que temos dito, não vemos qualquer impedimento em que, mesmo sem título validamente formal, a pudesse não posse ser reputada como de boa fé. Até porque, na

³⁵⁴ Ainda que não nos pareça descabido que negócios nulos e ineficazes pudessem gerar *posses* não tituladas; não perspetivamos qualquer argumento para que os negócios anuláveis não pudessem rotular de titulada a posse a que dessem azo.

³⁵⁵ Que, à semelhança do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no âmbito do processo 03B1415 a 09 de outubro de 2003 e relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/921bb6188e0f484a80256deb003b4bf8?OpenDocument> e aí consultado a 06 de junho de 2020, às 15h45, entendemos ter carácter ilidível

generalidade dos casos de posse por sucessível que viemos abordando, esta acontece como decorrência da vontade do falecido ou, *inclusive*, do conjunto dos sucessíveis.

Quando assim suceda, mesmo sem título validamente formal, podemos, com certeza, afirmar que o sucessível possui na convicção de não lesar ninguém: seja os restantes sujeitos que consigo concorrem à sucessão, quer a comunidade de sujeitos em que a coisa e ele mesmo se inserem. Claro está que não podemos deixar de referir que nem sempre os sucessíveis-possuidores o farão impelidos por esta convicção. Certamente haverá casos em que a posse é acompanhada da dúvida ou até certeza de causar prejuízo a alguém.

No entanto, dado o caráter subjetivo que perpassa o artigo 1260º do Código Civil, a boa ou má fé dos possuidores sempre terá de ser apurada casuisticamente; sendo certo que mesmo de má fé nada obsta a que o sucessível possa invocar a usucapião para adquirir a coisa em questão³⁵⁶.

REGISTO

Não há neste aspeto nada mais que possamos afirmar, em relação ao que já fizemos *supra*. No entanto, somos a crer que se os casos de posse registada são, mesmo, uma raridade, no que concerne à posse por sucessíveis estes serão se não inexistentes, pelo menos, raríssimos.

3.3. INVOCACÃO

Também aqui remetemos para o que *supra* dissemos; reforçando, apenas, a ideia de que a posse só permitirá a aquisição por usucapião caso seja invocada judicial ou extrajudicialmente.

³⁵⁶ Muito embora, nesses casos, fique obrigado a *esperar* mais tempo para o poder fazer. Daí entendermos que o legislador deveria repensar a associação entre a falta de justo título e a má fé eliminando, para o efeito a parte final do artigo 1260º/2 do Código Civil e passando a estipular um prazo para os casos em que mesmo sem título o possuidor se encontre de boa fé, cujo prazo deva situar-se entre as hipóteses em que o possuidor de má fé não disponha de qualquer título e os casos de posse titulada.

3.4. INÉRCIA DO(S) TITULAR(ES)

Por fim, há uma disposição legal que, a par das que fomos referindo, parece dar colhimento à tese que vimos defendendo.

Assim, muito embora não consideremos que a inércia dos titulares seja um verdadeiro requisito para que a usucapião tenha lugar³⁵⁷, não podemos deixar de atender que sempre que os titulares de direitos sobre as coisas não demonstrem o mínimo interesse por estas parece uma decorrência, numa linha de aproveitamento de recursos e justiça social, que a coisa passe a ser possuída e ulteriormente a propriedade de alguém que a use, goze e faça frutificar.

E, no caso sobre o qual vimos dissertando não há como pensar de outra forma.

É sabido que o legislador é pouco favorável a situações de indecisão ou instabilidade jurídica; e que a herança jacente se pauta precisamente por essas notas; sendo, por tal, uma situação cuja manutenção é pouco querida na ordem jurídica. É por isso que o artigo 2049º do Código Civil, compelido pela ideia de que as pessoas [apostam] *em guardar para o dia seguinte aquilo que podiam e deviam fazer no dia de hoje*³⁵⁸ prevê a hipótese de, volvidos quinze dias da data da abertura da sucessão, o Ministério Público ou qualquer um dos sucessíveis poder requerer ao tribunal, nos termos dos artigos 1039º e 1040º do Código do Processo Civil, a notificação de um ou mais sucessíveis que não tenham, ainda, declarado a aceitação ou repúdio da herança.

Ora, estando esta hipótese ao dispor de qualquer sucessível pode dizer-se que só por inércia de qualquer um deles se deixará arrastar a situação de jacência da herança por indefiníveis meses ou anos! Se bem que só, precisamente, pelo decurso de tanto tempo é possível usucapir, como defendemos ser inteiramente possível.

³⁵⁷ Porque, como dissemos, desacompanhada de arrimo legal que o legitime.

³⁵⁸ Assim PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na anotação ao artigo 2049º do seu *Código Civil Anotado*.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez aqui chegadas muito há dizer sobre o assunto a que nos propusemos.

E, para mantermos alguma coerência, procuraremos começar pelo início; isto é, respondendo às duas questões que começámos por formular: pode, um sucessível, adquirir por usucapião um bem do acervo hereditário?; e, em caso afirmativo e como decorrência, ficará preterida ou diminuída a parte da herança que virá a receber aquando da partilha?.

Antes de mais, começámos por referir que a herança, enquanto universalidade reúne em si todo o conjunto de direitos e obrigações, de carácter patrimonial, que eram encabeçados pelo *de cuius*. E que, precisamente, pela sua natureza jurídica necessitam de passar a pertencer à esfera jurídica de novos sujeitos, cuja determinação será feita nos termos da lei e/ou da vontade *mortis causa* do autor da sucessão.

No entanto, em linha com o princípio *invito beneficium non datur*, é necessário que o beneficiário da sucessão, ou sucessível, declare a sua vontade em suceder, ou não, ao autor da sucessão, mediante uma declaração de aceitação ou de repúdio, respetivamente. Só que dissemos também, que a emissão desta vontade pode demorar anos; e, enquanto todos os sucessíveis não a fizerem³⁵⁹, a herança diz-se jacente, nos termos do artigo 2046º do Código Civil.

Pelo que, e conseqüentemente, a situação de jacência pode estender-se por décadas.

Não obstante o disposto no artigo 2059º do Código Civil, que estabelece a caducidade do direito de aceitar quando se volverem dez anos desde a data em que o sucessível tomou conhecimento de ter sido chamado a suceder, uma vez que quando se operar esta caducidade, há lugar à aplicação do artigo 2032º/2 do Código Civil, isto é, ao chamamento do sucessíveis subsequentes, que, por sua vez, disporão de dez anos desde esse chamamento para emanar declaração de vontade, e assim sucessivamente³⁶⁰. O que, bem se vê, pode redundar em situações de demoras geracionais na resolução da jacência da herança.

³⁵⁹ Ou esta se possa inferir da sua conduta, enquanto declaração tácita.

³⁶⁰ Visto que esgotado esse prazo de dez anos há lugar à repetição do processo, conquanto existam sucessíveis que à data da abertura da sucessão ocupassem, já, uma das classes imediatamente subsequente à ocupada pelo sujeito cujo direito de aceitação caducou.

Não se estranha, por isso, que desde Roma, o direito tenha dedicado atenção a proteger a continuidade das relações jurídicas: vimos que volvido um período, mais ou menos dilatado de tempo, pautado pela inércia dos herdeiros, e havendo quem se arrogasse desta posição, cuidando, usando e fruindo dos bens do acervo hereditário e das obrigações relacionadas com o culto dos mortos e da sua alma, poderia adquirir o lugar de herdeiro, com tudo o que daí decorre. À semelhança do que os autores que fomos citando defendem, também nós percebemos que o estipular desse prazo prescricional se prende com os desassossegos transcendentais de um povo temerário da ira dos deuses; mas, nem por isso desacompanhado de preocupações mundanas, como as garantias dos credores ou a normal frutificação e aproveitamento das coisas.

Ora, hodiernamente pese embora se não preveja uma *usucapio pro herede*, talvez por não haver (tantas) preocupações com o que sucederá depois da vida cessar³⁶¹, nem por isso o nosso ordenamento jurídico deixa de permitir que a herança jacente, ou melhor dizendo as coisas objeto de direitos reais pertencentes à universalidade que é a herança jacente, sejam adquiridas, mediante o decurso de certo período de tempo, em que um sujeito, de forma contínua, pública e pacífica se arrogue proprietário³⁶², praticando atos materiais conformes a esse direito real. Usucapindo, na verdade.

Nesta sequência, falámos que, de uma forma muito geral e simplista, a usucapião é uma forma de adquirir originariamente coisas, móveis ou imóveis³⁶³, através de uma posse que, respeitando determinadas exigências, se prolongue no tempo. Tempo, esse, que será mais ou menos dilatado conforme a natureza da coisa a usucapir e as características da posse invocada.

Visto que, desta forma, o legislador assegura que a realidade fática das coisas tem um mínimo de coincidência com a realidade jurídica, evitando – ou, pelo menos, contornando – os casos em que a titularidade registal pertence a determinado sujeito que nunca há contactado com determinada coisa; que, por sua vez, é possuída há largos anos por um sujeito

³⁶¹ Ou, havendo-as, pelo menos mais desprendidas dos bens e direitos de carácter patrimonial.

³⁶² Ou titular de um qualquer outro direito real de gozo.

³⁶³ Por tal, diz-nos ABÍLIO NETO, no seu *Código Civil Anotado*, *idem*, página 1179 que a *usucapião só pode verificar-se com referência à posse de bens da herança, certos e determinados, e não quanto à universalidade*.

cuja proteção jurídica é periclitante porquanto não dispõe de um verdadeiro direito real que incida sobre esse bem.

Assim, é possível usucapir ao cabo de dois, três, quatro, cinco, sete, dez, quinze ou vinte anos³⁶⁴; o que, se se atender às regras da caducidade do direito de aceitar a sucessão bem se vê poder ter lugar.

E nesse caso, qualquer sujeito terceiro deparar-se-á com a possibilidade de adquirir mediante esta forma de aquisição originária. O que, sendo bem-sucedido privará os sucessores de uma parte, mais ou menos, considerável do espólio; uma vez que a usucapião sempre tem como revés a *subtração* de uma coisa do património de um *sujeito passivo*.

Para colmatar esta situação, o legislador previu a possibilidade de recorrer à ação de petição de herança, que, nos termos do artigo 2075º/1 do Código Civil permite aos herdeiros ver judicialmente reconhecida esta sua qualidade e, nesta sequência, insurgirem-se contra aqueles que, sem o serem, hão vindo a possuir bens da herança, condenando-os, então, na restituição das coisas em crise.

Mas, o número 2 da mesma norma esclarece de imediato que, apesar de a propositura desta ação poder ter lugar a todo o tempo, o herdeiro não assistirá à devolução do bem da herança se já tiver decorrido o prazo de caducidade do seu direito de aceitação da herança³⁶⁵ ou caso haja lugar à usucapião.

Isto posto – e mesmo que se não tivesse refletido sobre a usucapião e nada se tivesse dito sobre as situações em que esta pode ser invocada –, aquela norma bastaria para concluirmos que nada obsta a que os bens cujos direitos reais pertençam a um acervo hereditário possam ser usucapidos. Conclusão que sempre se imporia, porquanto para que este milenar instituto tenha lugar não releva a situação jurídica das coisas; mas, tão-só, a sua existência e natureza palpável, nos termos do artigo 202º/1 do Código Civil.

Mas, se é líquido que assim seja para a generalidade de sujeitos, igual resposta não se impõe para os sucessíveis.

³⁶⁴ Sendo, este prazo, acrescido da sua respetiva metade sempre que em causa estiverem bens da Fazenda Nacional, nos termos da Lei número 54, de 16 de julho de 1923 e do artigo 1304º do Código Civil.

³⁶⁵ Uma vez que, nos termos do artigo 2059º do Código Civil, decorridos dez anos desde o conhecimento da abertura da sucessão sem que o sucessível a haja aceitado, deve considerar-se este seu direito caduco e, bem assim, a preterição da qualidade de sucessor: não só no que em termos patrimoniais concerne, mas, também nas demais questões, de entre as quais a legitimidade processual ativa para a ação de petição, nos termos que *supra* expusemos.

Em primeiro lugar, vimo-lo, pese embora a lei lhes atribua a posse do que era do *de cuius* desde a data da sua morte, independentemente de apreensão material e, até, do conhecimento daquele, mesmo, facto originador; vimos, também, que essa posse apenas detinha um carácter legal, quase *ad hoc* ou *sui generis* (como lhe fomos chamando)³⁶⁶, mas, nem por isso – em nosso entender – boa para usucapião.

Isto porque dúvidas não há que é indissociável desta ideia, uma ideia de *usu*. Tanto assim que das não raras vezes que ouvimos o termo *usucapião* dito, pronunciado ou escrito de forma errada, nunca os sujeitos da comunidade não jurídica deixam de referir a ideia de *usu*³⁶⁷. E esse *usu*, prática reiterada e contínua de atos materiais condicentes com os típicos atos inerentes ao exercício de um direito real de gozo não existe, *per se*, por determinação legal.

Assim, desde logo se conclui que a qualidade de sucessível em nada facilita o processo de usucapir bem da herança. Antes, poder-se-ia pensar que atrapalha, porquanto, sabemo-lo e dissemo-lo, o exercício de funções, ou poderes-deveres não permite nem conduz a uma situação de posse. Nem pode!

A posse apesar de não ser um mero estado de alma implica a intenção de atuar como titular de um direito real, o que legitima os atos que esta implica, condicentes com o exercício de poderes de facto sobre a coisa, nos termos de tal direito; pelo que pode dizer-se que, com maior ou menor intensidade, implica sempre uma ação volitiva.

E, como no âmbito de um poder-dever, os atos materiais são compelidos por nada mais, nada menos, que esse dever, já se não age, agora, por se ter a intenção de atuar como titular do direito; mas, antes, por se crer obrigado a tanto; já não se age porque se quer, age-se porque *tem que se ser*. E essa mudança anímica influi diretamente na existência, ou não, de posse: em ambos os casos poderá haver *corpus*, nos termos em que o explicitámos, mas só no primeiro caso haverá *animus possidendi*.

³⁶⁶ Dizemo-lo, assim, porquanto nos parece ter sido, essa, a intenção do legislador: permitir que os sucessíveis gozassem de alguma proteção possessória; mas, nem por isso, lhes atribuir, sem mais, uma verdadeira posse, nos termos em que estamos habituadas a conhecê-la. Criando, para tanto, uma posse meramente legal.

³⁶⁷ Numa das nossas formulações favoritas e mais usuais na comunidade em que nos inserimos, precede o termo *campeão*; compondo, portanto, a expressão *uso e campeão* ou numa versão mais sintética *usucampeão*; que, embora, desprovidas de qualquer sentido jurídico, nem por isso se abstêm de dar a importância que o *uso* tem, efetivamente, nesta forma de aquisição originária.

E, tudo isto é especialmente relevante se se entender, como fazemos, que os sucessíveis, chamados à sucessão, têm o poder-dever de administrar os bens que a compõem, zelando pela sua preservação e cuidado.

Mas, nem por isso, a resposta àquilo que começámos por questionar está dada.

Tudo o que o que temos dito não basta para que se possa excluir a possibilidade de um sucessível se tornar possuidor e, daí, usucapiente. Para tanto, necessita, apenas, de possuir: não nos termos da lei sucessória que lhe dá essa qualidade, mas, antes, em seu nome próprio, de forma pessoal.

E, para que tal possa ter lugar, é necessário que o sucessível adquira a posse, nos termos gerais dos artigos 1263º e seguintes do Código Civil: praticando, de forma reiterada e pública, atos materiais sobre um concreto bem, mas na sequência de um ato de tradição da coisa em causa, levado a cabo pelo autor da sucessão; ou, ainda, na sequência da inversão do título por que possui, e que por sua vez pode dar-se por oposição do próprio sucessível ou por ato de terceiro, seja, ele, outro sucessível ou o próprio *de cujus*.

E assim, dissemo-lo, não há qualquer impedimento lógico-jurídico para que o sucessível adquira, por usucapião, um ou mais bens da herança, desde que atenda àquilo que também explanámos como necessário e que se permita esperar o tempo a que *supra* aludimos. Se assim for e caso haja a decorrente decisão favorável, na sequência da invocação judicial ou extrajudicial, o sucessível adquirirá a coisa em causa, cujos efeitos se retroagirão à data do início da sua posse³⁶⁸.

Ou seja, fica, assim, claro que as coisas de uma herança jacente são perfeitamente usucapíveis, quer por terceiros, quer pelos, próprios sucessíveis.

E, como *supra* se disse, acompanhado pelo teor do artigo 1288º do Código Civil, a aquisição do direito real de gozo retroagir-se-á à data do início da posse. Que, por sua vez, se mostra completamente independente da aceitação da herança.

Assim, e pese embora tentemos ter falado sempre em *sucessível*, nada obsta a que já tenha havido aceitação e por isso se possa falar em sucessor; porquanto, mesmo tendo havido formulação prévia de uma vontade de suceder por parte de quem venha a possuir, a herança permanecerá no estado que já dissemos de indecisão enquanto faltar a *pronúncia* de, pelo

³⁶⁸ Que sempre será posterior à data da abertura da sucessão, porque se iniciada em vida do *de cujus* será uma usucapião nos termos gerais; não havendo qualquer especificidade no que toca à herança jacente e, bem assim, ao objeto da nossa reflexão.

menos, um dos chamados. Mas, é certo que, se os atos de posse tiverem lugar antes da aceitação, esta deve considerar-se tácita, nos termos do disposto no artigo 2056º/1 do Código Civil; a menos que tenha havido repúdio da herança – que nos termos do disposto no artigo 2126º do Código Civil, *ex vi* o artigo 2063º do mesmo diploma legal sempre terá que ser expresse; adotando, mesmo, a forma escrita.³⁶⁹

No que tange, agora, à data da produção de efeitos da usucapião, que já dissemos ser a data do início da posse, e que sempre se situará com bastante anterioridade³⁷⁰ à data da invocação, impõem-se outras considerações.

Em primeiro lugar, se há um bem que foi adquirido por esta via durante a jacência da herança, impõe-se que seja subtraído ao acervo hereditário aquando do momento da partilha, nos termos dos artigos 2101º e seguintes do Código Civil.

Sendo certo que, nem por isso o usucapiente possa ser privado de receber a sua quota nos precisos termos e no preciso valor legalmente definido, sem que surja qualquer obrigação de tornas ou compensação aos demais herdeiros. Visto que, se assim não fosse, a possibilidade de usucapir um ou mais bens da herança não acarretaria qualquer vantagem patrimonial para quem usucapisse; se não, até, prejuízo. Ou, para que o usucapiente pudesse usufruir dessa vantagem ver-se-ia obrigado a repudiar a herança, ficando, assim, privado de receber aquilo que é seu, por direito.

Pelo que, para que tudo quanto defendemos possa fazer sentido, não se desvirtuando, assim, toda a construção subjacente ao instituto da usucapião, impõe-se que quem adquirir por esta via um bem da herança, possa adquirir a sua quota hereditária, em situação paritária com os demais sujeitos chamados da sua estirpe³⁷¹, sem qualquer obrigação de tornas. Sendo certo que essa quota será apurada como quociente de uma divisão em que o dividendo corresponde ao acervo hereditário, subtraído, já, das coisas e bens que se forem *perdendo*, por esta ou outras vias.

³⁶⁹ Não vemos que haja qualquer impedimento em iniciar atos de posse e, posteriormente usucapir, determinados bens da herança após uma declaração de repúdio. Simplesmente, cremos que, nessa situação, as especificidades que viemos falando perderão razão de ser; porquanto o usucapiente que previamente tenha repudiado a herança a cujo acervo pertence o bem que adquirirá já não terá direito a qualquer quota hereditária, nos termos do que dispõe o artigo 2062º do Código Civil, devendo, ao invés, ser considerado usucapiente nos termos gerais.

³⁷⁰ Tanto maior quanto a natureza do bem e as características da posse do sujeito.

³⁷¹ Até porque como diz SARA DIAS OLIVEIRA, *in Dividir uma herança. Ganhar ou perder?*, in *Notícias Magazine*, número 1646, de 14 de junho de 2020, *os bens não podem ser distribuídos sem critério*.

Assim, quanto dissemos ao longo desta (já demorada) exposição que, em suma, responde afirmativamente às questões que alvitramos: sim, um sucessível pode usucapir um bem do acervo hereditário jacente; sim, se assim fizer não poderá entender-se, aquando do momento da partilha, que já há recebido quarte da sua quota, sendo-lhe apenas atribuído o restante ou obrigando-o ao pagamento de tornas; apenas confirma aquilo que, também expusemos, quanto à razão de ser deste curioso instituto.

Ou seja, a usucapião não foi concebida como uma sanção destinada aos proprietários inertes ou descuidados. A usucapião privilegia a posse e os possuidores, ou nas sábias palavras de Menezes Cordeiro³⁷² *realiza a velha aspiração histórico-social de reconhecer o domínio a quem, de facto, trabalhe os bens disponíveis e lhes dê utilidade pessoal e social*, ou como dizíamos, nós, ecoando as palavras de Abril, a usucapião concretiza a máxima *a terra a quem a trabalha*.

Claro está que para assim possa acontecer há, necessariamente (alguma) inércia dos proprietários e, obviamente, uma certa *sanção* que será a perda de um direito real da esfera jurídica. Mas, tal só acontece porquanto não só não houve interesse na manutenção da coisa como na sua restituição, fazendo uso dos expedientes legais que a lei oferece.

Também assim os herdeiros que, apesar de poderem exigir partilhas a todo o tempo e, antes disso, terem um prazo de dez anos para aceitar a sucessão a que foram chamados, e poderem recorrer às vias judiciais para exigir que os demais sucessíveis tomem posição, deixam *arrastar* a situação de indecisão e precariedade da herança, aumentando-lhe a jacência para muito mais tempo do que o querido pela *ratio legis* e pelo bom senso.

Só por isso, há lugar a aquisições originárias como as que temos referido. E, em nosso ver, com total legitimidade: não tanto como retribuição pelos atos materiais de posse que possam ter tido lugar, mas sim por todo o contexto e envolvência, porque só assim se realiza a tal *aspiração histórico-social*, mas também porque se adequa a situação registal à situação fáctica: porque derroga a tendência de dar preferência ao *que tem e não usa* em detrimento do *que usa sem ter*³⁷³, fazendo, assim, justiça social.

³⁷² *In A Usucapião de Imóveis em Macau*, *idem*, página 38.

³⁷³ Assim ANDRÉ DIAS PEREIRA, *idem*, página 11.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Abílio Vassalo de (2012), *Usucapião de Imóveis sem Indemnização: o “Teste de Conformidade com a Constituição” e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/2000, de 4 de Abril de 2000 (Proc. n.º 390/96)*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LXXXVIII, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, páginas 189 a 269
- ABREU, Abílio Vassalo de (2012), *A Necessidade de uma Mudança Jurisprudencial em Matéria de Acesso da Posse*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, volume IV, outubro/dezembro de 2012, páginas 1247-1322; disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bb3597d0f-6c8b-493c-b23f-d440aa471d6d%7D.pdf> e consultado em 23 de agosto de 2020, às 23h46
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de (1974), *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 4ª reimpressão, Almedina, Coimbra, volume I *Sujeitos e Objecto*
- ASCENSÃO, José de Oliveira (1971), *Direitos Reais*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Estudos e Documentos, Lisboa
- ASCENSÃO, José de Oliveira (1996), *Usucapião de Propriedade Resolúvel in Ab Vno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2000), *Direito Civil: Sucessões*, 5ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2002), *Direito Civil: Teoria Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, volume III *Relações e Situações Jurídicas*

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas (2015), *Sobre a distinção entre posse e detenção*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 75, nº 1/2 2015, páginas 79-120; disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B4513b71a-245e-4bdd-ac4a-8c64a6757bc4%7D.pdf> e consultado em 11 de março de 2020, às 14h58

BRONZE, Fernando José (2010), *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, volume I

CARDOSO, João António Lopes e CARDOSO, Augusto Lopes (junho 2006), *Partilhas Judiciais*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, volume 1

CARVALHO, Orlando de (novembro de 2012), *Direito das Coisas*, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

COELHO, Francisco Manuel Pereira (1992), *Direito das Sucessões: lições ao curso de 1973/74, actualizadas em face de legislação posterior*, policopiado, Coimbra

COELHO, Luís da Câmara Pinto (1943), *Da Compropriedade (Comunhão) no Direito Português*, Lisboa, Tomo II

COELHO, Luís da Câmara Pinto (1961), *Da Comunhão de Propriedade e da Comunhão de outros Direitos Reais in Boletim do Ministério da Justiça nº 102 e 103*

- CORDEIRO, António Menezes (1979), *Direitos Reais – Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 114*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Coimbra, volume II
- CORDEIRO, António Menezes (1993), *Da Usucapião de Imóveis em Macau* in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53º, Lisboa, páginas 37 e seguintes, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B1d5472c6-3750-44ab-9766-b28028d7e989%7D.pdf> e consultada em 10 de fevereiro de 2020, às 22h09
- CORDEIRO, António Menezes (1996), *A Boa Fé nos Finais do século XX* in Revista da Ordem dos Advogados, ano 56º, Lisboa, páginas 887-912, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B68b82e6d-8122-4488-a75e-dc38215d7c9f%7D.pdf> e consultada em 31 de março de 2020, às 08h32
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona (2012), *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa
- DIAS, Cristina Manuela Araújo (agosto 2018), *Lições de Direito das Sucessões*, 6ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra
- DUARTE, Rui Pinto (2007), *Curso de Direitos Reais*, 2ª edição revista e aumentada, Princípa, Estoril
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (1999), *Lições de Direitos Reais*, 3ª edição revista e atualizada, Quid Juris, Lisboa
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (2012), *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª edição revista e atualizada, Quid Juris, Lisboa
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (1995), *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Lex, Lisboa, volume I

- FERREIRA, Durval Tiago Moreira Fonseca e Castro Ferreira (março 2002), *Posse e usucapião*, Almedina, Coimbra
- GOMES, Orlando (1989), *A Função Social da Propriedade*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, Tomo II
- GONÇALVES, Luiz da Cunha (1930), *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, volume 3
- GONZALÉZ, José Alberto (2005), *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 3ª edição revista e aumentada, Quid Juris, Lisboa
- GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA (2013), *A Usucapião e o Registo: Devemos repensar o tema?*, in Revista Eletrónica do Direito, nº2, outubro de 2013, disponível em www.cije.up.pt/download-file/1198 e consultado a 02 de março de 2020, às 23h38
- JARDIM, Mónica (2017), *A Evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para fins de Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade in Escritos de Direito Notarial e Direito Registral*, reimpressão, Almedina
- JUSTO, António dos Santos (2003), *A Usucapião*, in Revista Brasileira de Direito Comparado nº 24, Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro
- JUSTO, António dos Santos (2010), *Breviário de Direito Privado Romano*, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

- JUSTO, António dos Santos (julho 2012), *Direitos Reais*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra
- JUSTO, António dos Santos (1997), *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, STVDIA IVRIDICA 26, Coimbra Editora, Coimbra
- JUSTO, António dos Santos (2009), *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações) in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, STVDIA IVRIDICA 97, Coimbra Editora, Coimbra
- LEMOS, Maria Carvalho e (2018), A “Partilha em Vida” e a Inoficiosidade - Um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido?, Dissertação em Direito apresentada à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26638/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Lemos%20%28PDF-A%29.pdf>, e consultada em 26 de julho de 2020, às 11h04
- LIMA, Fernando Pires de e VARELA, Antunes, com a colaboração de MESQUITA, Manuel Henrique (1987), *Código Civil Anotado*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, volume III
- LIMA, Fernando Pires de e VARELA, Antunes, com a colaboração de MESQUITA, Manuel Henrique, *Código Civil Anotado*, 3ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, volume I
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e VARELA, João de Matos Antunes (setembro 1998), *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, volume VI
- LOURENÇO, Luciana Raquel Ribau (2016), *O Instituto da Usucapião: Produto imutável do passado ou necessária reavaliação no presente? Confronto com o sistema de registo predial*, Dissertação de mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Civilísticas/Direito

Civil) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/41804> e consultada em 26 de fevereiro de 2020, às 19h47

MACHADO, José Pedro (1995), *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Livros Horizonte, Lisboa, volume V

MARQUES, José Dias (1960), *Prescrição Aquisitiva*, Livraria Saraiva, Lisboa, volume 1

MESQUITA, Manuel Henrique (1967), *Direitos Reais, Sumários das Lições ao Curso de 1966-67*, policopiado, Coimbra

MOREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos (segundo as preleções do Prof. Doutor C.A. da Mota PINTO ao 4º ano jurídico de 1970-71) (1972), *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra

NETO, Abílio (abril 2018), *Código Civil Anotado*, 20ª edição atualizada, Ediforum, Lisboa

OLIVEIRA, Sara Dias (2020), *Dividir uma herança. Ganhar ou perder?*, in *Notícias Magazine*, número 1646, de 14 de junho de 2020

PERES, Damião (1929), *História de Portugal*, Edição Monumental, Portucalense Editora, Barcelos, volume II

PEREIRA, André Gonçalo Dias (2006), *A característica da inércia dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade*, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2561> e consultado em 26 de fevereiro de 2020, às 21h54

PINTO, Carlos Alberto da Mota por MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota (2005), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

PINTO, Helena Maria Mouta de Resende (2019), *Posse e Usucapião – Noções Fundamentais e algumas questões controversas*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/86677> e consultada em 26 de fevereiro de 2020, às 19h22

PITÃO, José António de França (2007), *Posse e Usucapião*, Almedina

RODRIGUES, Armando (1951), *Herança Jacente*, in *Revista de Ordem dos Advogados*, ano 11º, nº 1 e 2, Lisboa, páginas 252 e seguintes; disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bd12cc929-081d-4930-8924-b1e6b47a6610%7D.pdf> e consultada em 30 de outubro de 2019, às 12h09

RODRIGUES, Manuel (1940), *A posse: Estudo de Direito Civil Português*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra

SEQUEIRA, Elsa Vaz de (2015), *Da contitularidade de direitos no direito civil: contributo para a sua análise morfológica*, Universidade Católica Editora, Lisboa

SERRA, Adriano Vaz (1972/1973), *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1971, relatado por Eduardo Arala Chaves*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105º, números 3478 e 3479, Coimbra Editora, Coimbra

SOUSA, Luís Filipe Pires de (2011), *Ações especiais de divisão de coisa comum e de prestação de contas*, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

SOUSA, Rabrindranath Capelo de (2002), *Lições de Direito das Sucessões*, 3ª edição renovada, Coimbra Editora, Coimbra, volume II

TELES, Inocêncio Galvão (1940), *Das universalidades: estudo de direito privado*, Grandes Oficinas Gráficas Minervas, Lisboa

VARELA, João de Matos Antunes (1987/1988), *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de abril de 1983 relatado por José dos Santos Silveira*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 120º, números 3757 e 3758, Coimbra Editora, Coimbra

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão de 30 de agosto de 2007, proferido no âmbito do caso J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. vs the United Kingdom;

Tribunal Constitucional

Acórdão 4/96, de 16 de janeiro de 1996; proferido no âmbito do processo 557/94 e relatado pelo Conselheiro Ribeiro Mendes;

Acórdão 866/96, de 04 de julho de 1996; proferido no âmbito do processo 3/94 e relatado pelo Conselheiro Monteiro Diniz;

Acórdão 205/2000, de 04 de abril de 2000; proferido no âmbito do processo 390/96 e relatado pela Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza;

Acórdão 187/2001, de 02 de maio de 2001; proferido no âmbito do processo 120/95 e relatado pelo Conselheiro Paulo Mota Pinto;

Supremo Tribunal de Justiça – Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, de 14 de maio de 1996; proferido no âmbito do processo 085204 e relatado pelo Conselheiro Amâncio Ferreira;

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 27 de julho de 1971, relatado pelo Conselheiro Eduardo Arala Chaves;

Acórdão de 28 de abril de 1983, relatado pelo Conselheiro José dos Santos Silveira;

Acórdão de 01 de julho de 1999; proferido no âmbito do processo 99B445 e relatado pelo Conselheiro Peixe Pelica;

Acórdão de 09 de outubro de 2003; proferido no âmbito do processo 03B1415 e relatado pelo Conselheiro Santos Bernardino;

Acórdão de 31 de maio de 2004; proferido no âmbito do processo 04B3817 e relatado pelo Conselheiro Custódio Montes;

Acórdão de 25 de novembro de 2004; proferido no âmbito do processo 04B3644 e relatado pelo Conselheiro Moitinho de Almeida;

Acórdão de 23 de junho de 2016; proferido no âmbito do processo 581/07.8TBTVR.E1.S1 e relatado pelo Conselheiro Orlando Afonso;

Acórdão de 06 de abril de 2017; proferido no âmbito do processo 1578/11.9TBVNG.P1.S1 e relatado pelo Conselheiro Nunes Ribeiro;

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 24 de outubro de 2012; proferido no âmbito do processo 0550/12 e relatado pelo Conselheiro Pedro Delgado;

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 16 de dezembro de 1921; relatado por A. Lebre de Freitas;

Acórdão de 23 de abril de 2013; proferido no âmbito do processo 413/11.2TBNLS.C1 e relatado pelo Desembargador Henrique Antunes;

Acórdão de 10 de julho de 2013; proferido no âmbito do processo 41/08.0TBTMR.C1 e relatado pelo Desembargador Manuel Capelo;

Acórdão de 16 de dezembro de 2015; proferido no âmbito do processo 1395/08.3TBLRA.C1 e relatado pelo Desembargador Arlindo Oliveira;

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão de 27 de abril de 2017; proferido no âmbito do processo 199/14.9TBSTR.E1 e relatado pelo Desembargador Tomé Ramião;

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 21 de maio de 2009; proferido no âmbito do processo 799/2002.L1-8 e relatado pela Conselheira Ana Luísa Geraldès;

Acórdão de 27 de setembro de 2018; proferido no âmbito do processo 11680/15.2T8LRS.L1-6 e relatado pelo Desembargador Carlos Marinho.